

Die Veräußerung von Aktienmehrheiten aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

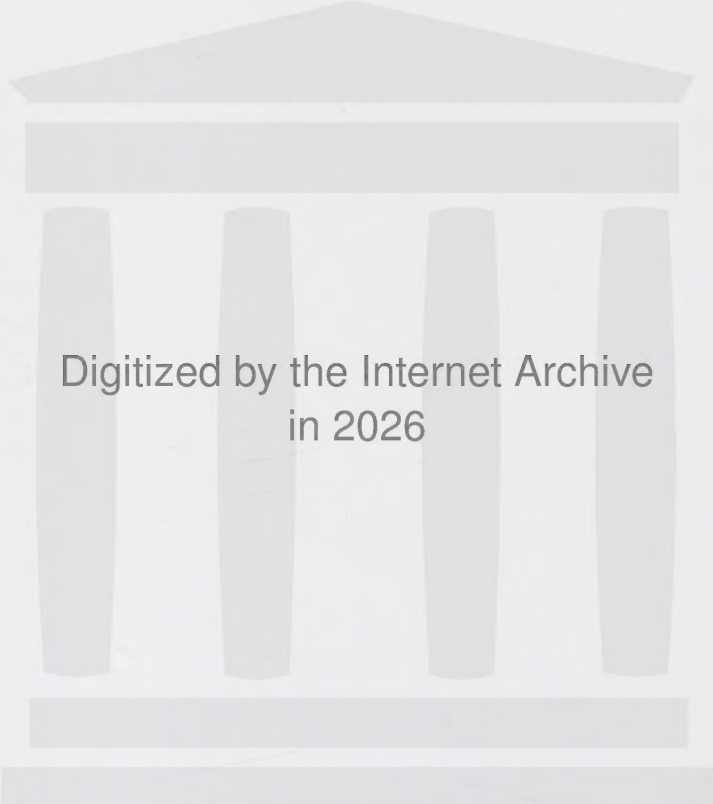
vorgelegt von

MARTIN KÜNZLI

von Küsnacht ZH und Muhen AG

Genehmigt auf Antrag
der Herren Professoren
Dr. Arthur Meier-Hayoz
und
Dr. Ferdinand Zuppinger

Verlag Rügger CH-8253 Diessenhofen 1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507203_0001

Die Veräußerung von Aktienmehrheiten aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

MARTIN KÜNZLI

von Küsnacht ZH und Muhen AG

Genehmigt auf Antrag
der Herren Professoren
Dr. Arthur Meier-Hayoz
und
Dr. Ferdinand Zuppinger

Verlag Rügger CH-8253 Diessenhofen 1982

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 24. Februar 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



©Verlag Rüegger CH-8253 Diessenhofen 1982

Typoskript: Hanni Vetterli, Bäretswil ZH

ISBN 3 7253 0175 1

Zum Gedenken
an meinen lieben Grossvater
Otto Künzli

Für Dorothea

Meinen verehrten Lehrern, Herrn Professor Dr. A. Meier-Hayoz und Herrn Professor Dr. F. Zuppinger, möchte ich an dieser Stelle meinen besonderen Dank aussprechen für ihre wertvolle Unterstützung und für das Interesse, das sie meiner Arbeit entgegengebracht haben. Mein Dank gilt auch allen, die in irgendeiner Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Küsnacht, im Februar 1982

M. Künzli

INHALTSUEBERSICHT

1. TEIL: Z I V I L R E C H T L I C H E G R U N D L A G E N	1
§ 1 Die Aktie	1
§ 2 Die Aktienmehrheit	19
2. TEIL: V E R Ä U S S E R U N G U N D B E W E R T U N G V O N A K T I E N	31
§ 3 Die Veräußerung	31
§ 4 Die Bewertung	38
3. TEIL: S T E U E R R E C H T L I C H E G R U N D L A G E N	67
§ 5 Das Steuersubjekt	67
§ 6 Das Steuerobjekt	82
§ 7 Realisation des Veräußerungsgewinnes	102
4. TEIL: B E S T E U E R U N G D E S V E R Ä U S S E R U N G S - G E W I N N E S (K A P I T A L G E W I N N) A U F A K T I E N	113
§ 8 Veräußerungsgewinn auf Privatvermögen	113
§ 9 Veräußerungsgewinn auf Geschäftsvermögen natürlicher Personen	132
§ 10 Veräußerungsgewinn auf Vermögen juristischer Personen	140
§ 11 Veräußerungsgewinn auf Vermögen von Beteiligungs- und Holdinggesellschaften	144
§ 12 Die Veräußerung der Aktienmehrheit einer Immobilien- gesellschaft	151
§ 13 Steuerharmonisierung	165

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	XVI
Abkürzungsverzeichnis	XXIV
Verzeichnis der verwendeten Steuergesetze	XXVII

1. TEIL: Z I V I L R E C H T L I C H E G R U N D L A G E N 1

§ 1 Die Aktie	1
I. Begriff	1
II. Mitgliedschafts- und Vermögensrechte	2
III. Verbriefung der Aktionärsrechte	3
IV. Arten von wertpapierrechtlichen Aktienurkunden	4
A. Inhaberaktie	4
B. Gewöhnliche Namenaktie	4
C. Vinkulierte Namenaktie	5
D. Rektaaktie	5
E. Aktienzertifikate	6
F. Interimsscheine	6
V. Uebertragung der Aktienurkunde	7
A. Grundsatz der Uebertragungsfreiheit	7
B. Uebertragungsarten	8
1. Verbriefte Aktienrechte	9
a) Inhaberaktie	9
b) Gewöhnliche Namenaktie	9
c) Vinkulierte Namenaktie	10
d) Rektaaktie	12
e) Aktienzertifikate	12
f) Interimsscheine	13
aa) Inhaberinterimsscheine	13
bb) Nameninterimsscheine für Inhaberaktien	13
cc) Nameninterimsscheine für Namenaktien	13
g) Beweisurkunde	13
2. Nicht verbiefte Aktienrechte	14
C. Uebertragungsschwererungen	16
1. Statutarische Uebertragungsschwererung	16
2. Vertragliche Erwerbsrechte	17

§ 2	Die Aktienmehrheit	19
I.	Begriff und Wesen	19
II.	Arten und Bedeutung von Aktienmehrheiten	20
A.	Grundsätzliches	20
B.	Arten	21
1.	Faktische Aktienmehrheit	21
a)	Begriff	21
b)	Einfluss auf die Beschlussfassung	21
2.	Absolute Aktienmehrheit	23
a)	Begriff	23
b)	Bedeutung für die Beschlussfassung	23
3.	Qualifizierte Aktienmehrheit	24
a)	Begriff	24
b)	Bedeutung bei der Beschlussfassung	24
4.	Alleinaktionär	25
III.	Entstehung der Mehrheitsherrschaft	26
A.	Mehrheitsherrschaft durch Kapitalmehrheit	26
B.	Mehrheitsherrschaft ohne Kapitalmehrheit durch Ausgabe von Stimmrechtsaktien	27
C.	Mehrheitsherrschaft durch Aktionärbindungsvertrag	28
D.	Weitere Gründe	29
IV.	Der Mehrheitsaktionär	30
2. TEIL:	VERÄUSSERUNG UND BEWERTUNG VON AKTIEN	31
§ 3	Die Veräußerung	31
I.	Begriff	31
II.	Merkmale der Veräußerung im Rahmen dieser Arbeit	32
A.	Uebertragung der Aktienmehrheit	32
B.	Entgeltlichkeit	32
III.	Arten	33
A.	Der Verkauf	33
B.	Der Tausch	33
1.	Begriff und Wesen	33
2.	Gegenleistung des Erwerbers	34
a)	Aktien	34
b)	Wandelanleihen	35
aa)	Begriff	35

bb) Bedeutung der Wandelanleihe für den Tausch	35
c) Partizipationsscheine	36
aa) Begriff	36
bb) Bedeutung des Partizipationsscheines für den Tausch	37
§ 4 Bewertung	38
I. Grundsätzliches	38
II. Grundlagen der Unternehmungsbewertung	39
A. Bewertungsobjekt	39
B. Bewertungsanlässe	40
C. Bewertungszweck	41
III. Bewertungsfaktoren einer Unternehmung	42
A. Berechnungsgrundlagen	43
1. Bilanzwert	43
2. Substanzwert	43
a) Begriff	43
b) Bedeutung für die Unternehmungsbewertung	45
3. Ertragswert	47
a) Begriff	47
b) Berechnung	47
4. Liquidationswert	48
B. Bewertungsmethoden	49
1. Reine Ertragswertmethode	49
2. Mittelwert- oder Praktikermethode	50
3. Goodwillrentenmethode	51
IV. Bewertung einer Aktienmehrheit	52
A. Allgemeines	52
B. Bewertung einer Aktienmehrheit zum Bilanzwert	52
1. Allgemeine Bilanzierungsgrundsätze	52
a) Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit	53
b) Niederstwertprinzip	53
c) Realisations- und Imparitätsprinzip	53
2. Bewertungsvorschriften	54
3. Bewertung von Wertpapieren und Beteiligungen	54
a) Aktien mit Kurswert	55
b) Aktien ohne Kurswert	56
c) Beteiligungen	56
C. Bewertung einer Aktienmehrheit zum Steuerwert	58
1. Beteiligungsrechte aus kotierten Aktien	59

2. Beteiligungsrechte aus nichtkotierten Aktien	59
D. Veräusserungswert der Aktienmehrheit	61
1. Innerer Wert der Aktienmehrheit aus quotalen Unternehmungswert	62
2. Paketzuschlag	62
3. Einigungspreis	64
a) Subjektive Beweggründe der Parteien	64
b) Preis für eine Aktienmehrheit	65

3. TEIL: S T E U E R R E C H T L I C H E G R U N D L A G E N 67

§ 5 Das Steuersubjekt 67

I. Begriff	67
II. Voraussetzungen der subjektiven Steuerpflicht einer natürlichen Person	68
A. Persönliche Eigenschaften	68
B. Steuerrechtliche Zugehörigkeit	68
1. Persönliche Zugehörigkeit	69
a) Begriff	69
aa) Wohnsitz	69
bb) Aufenthalt	70
b) Unbeschränkte Steuerpflicht	70
2. Wirtschaftliche Zugehörigkeit	70
a) Begriff	70
aa) Geschäftsort und Betriebsstätte	71
bb) Liegenschaften	71
b) Beschränkte Steuerpflicht	72
3. Anwendung im interkantonalen Verhältnis	72
III. Voraussetzungen der subjektiven Steuerpflicht einer juristischen Person, insbesondere der Aktiengesellschaft	73
A. Historische Betrachtung	73
1. Ursprüngliche Steuerfreiheit	73
2. Besteuerung analog den natürlichen Personen	73
3. Heutige Regelung	74
B. Anerkennung der juristischen Person	75
C. Steuerrechtliche Zugehörigkeit	75
1. Persönliche Zugehörigkeit	75
a) Statutarischer Sitz	76
b) Ort der Verwaltung	76
2. Wirtschaftliche Zugehörigkeit	77

IV. Ausnahmen von der subjektiven Steuerpflicht	78
A. Grundsätzliches	78
B. Steuerbefreiungsgründe	79
1. Öffentlich-rechtliche Institutionen	79
2. Privatrechtliche Institutionen	79
3. Ausgleichs-, Sozialversicherungskassen und Personalfürsorgestiftungen	80
4. Angehörige von diplomatischen oder konsularischen Missionen	80
§ 6 Das Steuerobjekt	82
I. Begriff	82
II. Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftsvermögen	83
A. Bedeutung	83
B. Notwendiges Privatvermögen	84
C. Notwendiges Geschäftsvermögen	84
D. Alternative Wirtschaftsgüter	85
E. Zuteilungsregeln für eine Aktienmehrheit	85
1. Nach der Herkunft der Mittel	85
2. Das Erwerbsmotiv	87
3. Wirtschaftliche Nutzung	88
III. Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen	90
IV. Abgrenzungsprobleme	91
A. Abgrenzung gegenüber dem Vermögensertrag	91
B. Abgrenzung gegenüber dem Erwerbseinkommen unselbständigerwerbender Personen	92
C. Abgrenzung gegenüber dem ordentlichen Betriebseinkommen	93
1. Einkommen aus Erwerbstätigkeit	93
2. Insbesondere Einkommen aus gewerbsmäßigem Wertschriftenhandel	94
V. Der Veräußerungsgewinn	95
A. Begriff	95
B. Berechnung des Gewinnes auf Objekten des Privatvermögens	96
1. Begriff	96
2. Anlagekosten	96

3. Erlös	97
4. Veräußerungsgewinn	98
C. Berechnung des Gewinnes auf Objekten des Geschäftsvermögens	98
1. Begriff	98
2. Anschaffungswert	98
a) Anschaffungs- und Nebenkosten	98
b) Abschreibungen	98
3. Erlös	101
4. Veräußerungsgewinn	101

§ 7 Realisation des Veräußerungsgewinnes	102
I. Begriff und Wesen	102
II. Realisationstatbestände	103
A. Entgeltliche Veräußerung	103
B. Buchmässige Realisation	103
C. Privatentnahme	104
III. Veräußerungen ohne Realisation	104
IV. Aktientausch als Realisationstatbestand	105
A. Steuerbare und steuerfreie Tauschgeschäfte	105
1. Steuerbare Tauschgeschäfte	105
2. Steuerfreie Tauschgeschäfte	105
a) Wirtschaftliche Identität der ausgetauschten Aktien	106
b) Ersatzbeschaffungstatbestände	107
B. Ergebnis	108
V. Aktienmehrheit im Tausch gegen Aktien	109
A. Würdigung nach den steuerbefreienden Kriterien	109
1. Fehlen der wirtschaftlichen Identität	109
2. Freiwilligkeit des Tausches	110
B. Anwendungsfälle	110
1. Aktienmehrheit im Privatvermögen des Steuerpflichtigen	110
2. Aktienmehrheit im Geschäftsvermögen des Steuerpflichtigen	111
a) Tausch im Sinne eines indirekten Verkaufes der Unternehmung	111
b) Tausch aufgrund eines Uebergabevertrages	112

4. TEIL: BESTEUERUNG DES VERÄUSSERUNGS - GEWINNES (KAPITALGEWINN) AUF AKTIEN	113
§ 8 Veräusserungsgewinn auf Privatvermögen	113
I. Im Bund	113
A. Gesetzliche Regelung	113
B. Keine Besteuerung bei der Veräusserung von privaten Vermögensobjekten	113
II. In den kantonalen Steuerordnungen	114
A. Ueberblick	114
1. Solothurn, Basel-Land, Graubünden	114
2. Bern, Basel-Stadt, Jura	115
3. Thurgau	115
4. St. Gallen, Wallis, Tessin	115
5. Uebrige Kantone	115
B. Im Kanton Zürich	116
1. Gesetzliche Regelung	116
2. Steuerfreier Veräusserungsgewinn	116
C. Andere kantonale Regelungen	117
1. Besteuerung mit dem übrigen Einkommen	117
2. Besteuerung mit einer Sondersteuer	118
3. Beteiligungsgewinnsteuer des Kantons St. Gallen	118
a) Allgemeines	118
b) Ausgestaltung	119
aa) Steuerobjekt und Steuersubjekt	119
bb) Steuerbegründende Veräusserung der Aktienmehrheit	120
c) Kritische Beurteilung	121
aa) Ausgangslage	121
bb) Argumente für eine Beteiligungs- gewinnsteuer	122
aaa) Totalität der Einkommens- steuerordnung	122
bbb) Umgehung der wirtschaftlichen Doppelbelastung	122
ccc) Steuerumgehung durch Umwandlung	124
cc) Mängel der Beteiligungsgewinnsteuer	125
aaa) Verletzung der Rechtsgleichheit	125
bbb) Unbegründete Verallgemeinerung der Steuerumgehung	127
ccc) Beschränkte Verlustverrechnung	128
ddd) Unbedeutender Steuerertrag	129

d) Ergebnis	130
* e) Ueberblick über Alternativvorschläge	130

§ 9 Veräusserungsgewinn auf Geschäftsvermögen natürlicher Personen	132
I. Im Bund	132
A. Gesetzliche Regelung	132
1. Wehrsteuerrechtlicher Einkommensbegriff	132
a) Einkommen aus Wertschriftenhandel	132
b) Kapitalgewinn als ausserordentlicher Gewinn	133
B. Subjektive Voraussetzungen	133
1. Buchführungspflicht	133
2. Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel	134
C. Steuererhebung	135
1. Bemessung des Kapitalgewinnes	135
2. Veranlagung	135
3. Verrechnung der Kapitalverluste	136
D. Steuerbemessung	136
II. Im Kanton Zürich	136
A. Gesetzliche Regelung	136
B. Steuererhebung	137
1. Ausserordentliche Gewinne	137
2. Verrechnung von Verlusten mit Gewinnen	137
3. Veranlagung	138
C. Steuerbemessung	138
III. Ueberblick über die andern kantonalen Steuerordnungen	139
A. Besteuerung des Kapitalgewinnes mit übrigem Einkommen	139
B. Besteuerung des Kapitalgewinnes bei Buchführungspflicht	139
§ 10 Veräusserungsgewinn auf Vermögen juristischer Personen	140
I. Vorbemerkung	140
II. Ueberblick über die Besteuerungssysteme	140
III. Im Bund	141
A. Gesetzliche Regelung	141
B. Steuererhebung	141

IV. Im Kanton Zürich	142
A. Gesetzliche Regelung	142
B. Steuererhebung	142
§ 11 Veräusserungsgewinn auf Vermögen von Beteiligungs- und Holdinggesellschaften	144
I. Vorbemerkungen	144
II. Beteiligungs- und gemischte Holdinggesellschaften	144
A. Begriff	144
B. Keine Steuerermässigung auf dem Veräusserungsgewinn	145
1. Im Bund	145
2. Im Kanton Zürich	146
III. Reine Holdinggesellschaften	147
A. Im Bund	147
B. Im Kanton Zürich	147
1. Begriff und Wesen	147
2. Wegfall der Ertragssteuer	149
a) Holdingprivileg	149
b) Steuerfreier Veräusserungsgewinn	150
§ 12 Die Veräusserung der Aktienmehrheit einer Immobilien-gesellschaft	151
I. Grundsätzliches	151
II. Veräusserung der Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft	152
III. Entstehung der objektiven Steuerpflicht	154
A. Wirtschaftliche Handänderung	154
1. Begriff	154
2. Veräusserung von Beteiligungen	154
B. Veräusserung der Gesamtheit oder der Mehrheit der Aktien	155
IV. Konzept der Grundsteuern	157
A. Grundstückgewinnsteuer	157
1. System der Steuer	157
2. Gewinnberechnung	158
a) Begriff	158
b) Anlagekosten	158
c) Erlös	159

3. Gewinnberechnung bei Veräusserung durch Uebertragung von Beteiligungen	160
a) Erwerbspreis und Erlös	160
b) Gewinn	161
4. Steuerbemessung	161
a) Im Bund	161
b) Im kantonalen Recht, insbesondere im Kanton Zürich	162
B. Handänderungssteuer	163
V. Steuerhoheit	163
A. Grundsatz	163
B. Veräusserung von Aktien einer Immobilien- gesellschaft	164
§ 13 Steuerharmonisierung	165
I. Entwurf eines Rahmengesetzes für die Steuer- harmonisierung	165
II. Neuer Entwurf der kantonalen Finanzdirektoren	166
III. Fazit	167

LITERATURVERZEICHNIS

- AELLIG W., Aus der Pathologie der Aktiengesellschaften: Gesellschaften ohne Substanz, SAG 20 (1947/48) 210 ff.
- AEPLI U., Rechtsprobleme bei der Vererbung von Gross-Aktionärsstellungen, Diss. Zürich 1973.
- ALTORFER W., Geschäfts- und Privatvermögen im Einkommenssteuerrecht, Diss. Zürich, St. Gallen 1959.
- ASCHWANDEN G., Der Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1955.
- BAER R., Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR, N.F. 85 (1966) 326 ff.
- BALDI P., Ueber die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft, Diss. Zürich 1975.
- BANKMANN J., Der Substanzwert, Essen 1960.
- BAUER A., Partizipationsscheine im Schweizer Aktienrecht - im Vergleich zum Deutschen Aktienrecht, Diss. Zürich 1976.
- BAUR J., Die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers, BB 1979 381 ff.
- BLOECHLIGER R., Steuerliche Probleme bei ererbten Unternehmungen, Diss. Mels 1974.
- BLUMENSTEIN E., System des Steuerrechts, 3., von Prof. Irene Blumenstein neu bearbeitete Aufl., Zürich 1971; zit.: Blumenstein, System.
- BLUMENSTEIN I., Die allgemeine eidgenössische Wehrsteuer, Zürich 1943; zit.: Blumenstein, Wehrsteuer.
- BLUMER/GRAF, Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz, 7. Aufl., Zürich 1979.
- BOECKLI P., Die Beteiligungsgewinnsteuer, eine kritische Untersuchung, ASA 42 (1973/74) 369 ff.
- Die neue französische Kapitalgewinnsteuer, ASA 45 (1976/77) 433 ff.
 - Die Beteiligungsgewinnsteuer - eine Fehlkonzeption, StR 33 (1978) 200 ff.
- BOEMLE M., Die Unternehmensfinanzierung, 5. Aufl., Zürich 1979.

- BRUPPACHER M., Die aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften. Im Hinblick auf eine Teilrevision des Aktienrechtes; mit Berücksichtigung des deutschen Aktiengesetzes, Diss. Zürich 1973.
- BUERGI W., Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660 - 697 OR), Zürich 1957.
- Unverbriefte Aktienrechte und deren Uebertragung, SAG 23 (1950/51) 133 ff.
- CAGIANUT F., Die Besteuerung der privaten Kapitalgewinne, Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Hochschule St. Gallen (17./18. April 1969) S. 68 ff.; zit.: Cagianut, Kapitalgewinne.
- Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne nach sanktgallischem Steuerrecht, ASA 42 (1973/74) 433 ff.; zit.: Cagianut ASA 42 (1973/74).
 - Die Beteiligungsgewinnsteuer, in: Steuerharmonisierung in der Schweiz, Referate und Ergebnisse einer Arbeitstagung vom April 1974, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, S. 74 ff.; zit.: Cagianut, Beteiligungsgewinnsteuer.
- CARRY P., La garantie en raison des défauts de la chose dans la vente de toutes les actions d'une société immobilière, in Festschrift für Theo Guhl, Zürich 1950, S. 179 ff.
- DAVID E., Die st.gallische Beteiligungsgewinnsteuer, Diss. Bern 1974.
- EGGER W., Die Besteuerung der Holdinggesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts des Kantons Zürich und des Bundes, Diss. Zürich 1976.
- ESCHER M., Die Besteuerung der Wandelanleihe im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1971.
- FAIST T., Steuerliche Behandlung der Zusammenschlüsse, Teilungen und Umwandlungen von Unternehmen, ASA 38 (1970) 481 ff.
- FORRER H., Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung, Diss. Zürich 1959.
- FORMOSER P., Uebertragung unverbriefter Aktienrechte (Art. 683 ff. OR), Entscheide des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Dezember 1973 und des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. April 1974, SAG 47 (1975) 109 ff.
- FORMOSER P./MEIER-HAYOZ A., Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976; zit.: Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht.
- FRANKENBERG P., Die konzernmässige Abhängigkeit, Diss. Zürich 1937.

- FREHNER R., Die aktienrechtliche Fusion nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1945.
- FROMER L., Aktuelle aktienrechtliche und steuerrechtliche Probleme der privaten Aktiengesellschaft und ihrer Aktionäre, Zbl 71 (1970) S. 1 ff.
- GATTENHOF C., Die steuerliche Bewertung von Wertschriften, insbesondere von Aktien in der Schweiz, Diss. Winterthur 1961.
- GLATTFELDER H., Die Aktionärbindungs-Verträge, ZSR 1959 II 141a ff.
- GAUTSCHI G., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Bern 1971.
- GOTSMICH J., Die Behandlung von Anteilen an Kapitalgesellschaften in der Jahresabschlussbilanz nach schweizerischem und deutschem Handels- und Steuerrecht, Diss. Bern 1971.
- GRAF K., Der Goodwill im Steuerrecht Deutschlands und der Schweiz in betriebswirtschaftlicher Sicht, Diss. Bern 1955.
- GUHL T./MERZ H./KUMMER M., Das schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980.
- GUTACHTEN über steuerliche Fragen beim Zusammenschluss von Unternehmungen, verfasst von einer Expertenkommission. Hrsg. von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften, Basel 1970; zit.: Gutachten 1970.
- GUTACHTEN über die Aenderung des kantonalen und eidgenössischen Steuerrechts im Hinblick auf Umwandlungen und Fusionen geschäftlicher Unternehmen und Holdingverhältnisse, verfasst von einer Expertenkommission. Hrsg. von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften, Basel 1964; zit.: Gutachten 1964.
- GUTACHTEN über die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, verfasst von einer Expertenkommission. Hrsg. von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften, Basel 1975; zit.: Gutachten 1975.
- GYGAX E., Schweizerisches Steuerlexikon, 2 Bände, Zürich 1977.
- HAYMANN E., Aktienübernahmevereinbarungen zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären, Diss. Zürich 1973.
- HEINSIUS TH., Die Abfindung aussenstehender Aktionäre und Uebernahmeangebote im deutschen Aktien- und Konzernrecht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Frankfurt 1976, S. 35 ff.
- HELBLING C., Unternehmungsbewertung und Steuern, 3. Aufl., Düsseldorf 1979; zit.: Helbling, Unternehmungsbewertung.

HELBLING C., Zur Bewertung von Unternehmungsanteilen, Büro und Verkauf (B + V) 1972, S. 73 ff.; zit.: Helbling, B + V.

- Die neue Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, Schweizer Treuhänder 1978, S. 18 ff.; zit.: Helbling, Vermögenssteuer.

HETTLAGE M., Die Begründung von wechselseitigen Beteiligungen auf dem Weg der gegenseitigen Aktienübernahme nach dem schweizerischen Obligationenrecht, SAG 39 (1967) 33 ff.

- Die wechselseitigen Beteiligungen in der Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, SAG 43 (1971) 75 ff.

HOEHN E., Die Besteuerung der privaten Gewinne, Diss. Zürich 1955; zit.: Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung.

- Steuerrecht, 3. Aufl., Bern/Stuttgart 1979; zit.: Höhn, Steuerrecht.

- Probleme der Kapitalgewinnbesteuerung, StR 12 (1957) 74 ff., 136 ff., 173 ff.; zit.: Höhn StR 12 (1957).

- Doppelbesteuerungsrecht, Bern/Stuttgart 1973; zit.: Höhn, Doppelbesteuerungsrecht.

HOFFMANN C., Der Partizipationsschein oder die stimmrechtslose Aktie, Diss. Zürich 1976.

JAEGGI P., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, Zürich 1957; zit.: Jäggi, Kommentar.

- Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschäft oder Erbgang, SAG 23 (1950/51) 153 ff., 173 ff., 193 ff.; zit.: Jäggi, SAG 23 (1950/51).

- Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 31 (1958) 57 ff.; zit.: Jäggi, SAG 31 (1958).

- Zur Spaltung der Aktienrechte, SAG 33 (1960/61) 65 ff.; zit.: Jäggi, SAG 33 (1960/61).

- Allgemeines Wertpapierrecht, Freiburg 1977; zit.: Jäggi, Wertpapierrecht.

JOST E., Die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, ASA 44 (1975/76) 253 ff.

KAEFER K., Zur Bewertung der Unternehmung als Ganzes, Rechnungsführung in Unternehmung und Staatsverwaltung, Festgabe für Otto Juzi, Zürich 1946; zit.: Käfer, Bewertung.

- Substanz und Ertrag bei der Unternehmungsbewertung, in: Betriebswirtschaftliche Information, Entscheidung und Kontrolle, S. 295 ff., Festschrift für Hans Münstermann, Wiesbaden 1969; zit.: Käfer, Substanz.

- KAENZIG E., Die eidgenössische Wehrsteuer, Basel 1962; zit.: Känzig, Wehrsteuer.
- Die eidgenössische Wehrsteuer, Ergänzungsband, 2. Aufl., Basel 1972; zit.: Känzig, Wehrsteuer EB.
 - Die steuerliche Behandlung der Veräusserung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen, Festschrift Irene Blumenstein, ASA 34 (1965/66) 87 ff.; zit.: Känzig ASA 34 (1965/66).
 - Unternehmungskonzentration, Eine steuerliche Studie, Bern 1971; zit.: Känzig, Unternehmungskonzentration.
- KAUFMANN J., Die Abgrenzung zwischen Geschäfts- und Privatvermögen im eidgenössischen und zürcherischen Steuerrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. E. Blumenstein, Zürich 1946, S. 109 ff.
- KIENAST R., Aktienanalyse, Möglichkeiten rationaler Anlageentscheidungen, Diss. St. Gallen 1977.
- KOLBE K., Theorie und Praxis des Gesamtwertes und Geschäftswertes der Unternehmung, Düsseldorf 1957.
- KORMANN R., Die Wandelanleihe im schweizerischen Recht, Diss. Bern/Zürich 1965.
- LANZ R., Kauf der Liegenschaft oder Kauf sämtlicher Aktien einer Immobilien-Aktiengesellschaft, SAG 24 (1951/52) 158 ff.
- LOCHER K., Die Praxis der Bundessteuern, III. Teil: Doppelbesteuerung, Band 1-3, Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht, Basel 1953.
- LUTTER M., Recht und Steuer der internationalen Unternehmungsverbindungen, Düsseldorf 1972.
- LUTZ B., Die Bewertungsprobleme des Konzerns, Diss. Zürich/St. Gallen 1952.
- MARGAIRAZ A./MERKLI R., Die Besteuerung der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Bern 1979.
- MASSHARDT H., Wehrsteuerkommentar, Zürich 1980; zit.: Masshardt.
- Besteuerung der Holding- und Beteiligungsgesellschaften der Schweiz, ASA 36 (1967/68) 353 ff.; zit.: Masshardt ASA 36 (1967/68).
- MAUS N., Unternehmungsbewertung als Grundlage unternehmerischer Entscheidungen, S. 383 ff., in: Betriebswirtschaftliche Information, Entscheidung und Kontrolle, Festschrift für Hans Münstermann.
- MEIER-HAYOZ A., Einleitung zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Art. 1-10, Berner Kommentar, Artikel 1 ZGB, Bern 1962; zit.: Meier-Hayoz, Kommentar ZGB.

- MELLEROWICZ K., Der Wert der Unternehmung als Ganzes, Essen 1952.
- MUENSTERMANN H., Wert und Bewertung der Unternehmung, Wiesbaden 1966.
- NUESCHELER H.B., Wandelobligation und Wandelobligationär im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1969.
- OCHSNER P., Die Besteuerung des Grundstückgewinnes in der Schweiz, Diss. Zürich 1976.
- OESCH M., Die steuerliche Behandlung der Wertzuwachsgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen, Diss. Bern 1975; zit.: Oesch M.
- OESCH R., Die Holdingbesteuerung in der Schweiz, Eine Studie über ihre Grundlagen und Ausformung, Diss. Zürich 1976; zit.: Oesch R.
- PESTALOZZI R., Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Diss. Zürich 1948.
- RASCH H., Deutsches Konzernrecht, 5. Aufl., Köln/Berlin 1974.
- REICH M., Die Steuerfolgen der Aktienveräusserung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, StR 33 (1978) 496 ff.
- REIMANN A./ZUPPINGER F./SCHAERRER E., Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4 Bände, Bern 1961 - 1969.
- REINHARDT H.-C., Der Gegenstand der Bewertung des Unternehmensvermögens in der Jahresabschlussbilanz, Diss. Bern 1978.
- REVISIONSHANDBUCH, Revisionshandbuch der Schweiz, Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer, 1979.
- RIBI H., Von der Uebertragung der Wertpapiere, Diss. Zürich 1958.
- SALZGEBER-DUERIG E., Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Diss. Zürich 1970.
- SCHAERRER E., Die Besteuerung der stillen Reserven bei Umwandlung, Zusammenschluss und Teilung von Unternehmungen, StR 23 (1968) 475 ff.
- SCHLUEP W.R., Vinkulierung, SAG 48 (1976) 122 ff.
- SCHMALENBACH E., Die Beteiligungsfinanzierung, 9. verbesserte Aufl., Köln und Opladen 1966.
- SCHMITTHOF C., Uebernahmeangebote im Aktienrecht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Die Regelung von Take-over-bids im englischen Recht, Frankfurt 1976, S. 7 ff.
- SCHUCANY E., Kommentar zum Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960.

- SIEGWART A., Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620 - 659 OR, Zürich 1945.
- SPOERRI G., Zur Berücksichtigung des Ertragswertes bei der Aktienbesteuerung, SAG 20 (1965) 188 ff.
- VON STEIGER F., Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970.
- Der Zerfall der Ansprüche aus der Aktie, SAG 23 (1950/51) S. 116 ff.
- STEINMANN G., Das Grundstück als Gegenstand des Geschäftsvermögens im Wehrsteuerrecht, ASA 44 (1975/76) 561 ff.
- STRICKLER H.J., Das Bezugsrecht, Eine steuerwirtschaftliche Betrachtung, Diss. Bern 1974.
- STUBER R., Aktionär-Consortien, Diss. Zürich 1944.
- STUDER N., Die Quasi-Fusion im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1974.
- THALMANN C., Die Abgrenzung von Privat- und Geschäftsvermögen in der neueren schweizerischen Rechtsprechung, ASA 33 (1964/65) 81 ff.
- TEITLER E., Die Einmann-Immobilien-Aktiengesellschaft, Eine Untersuchung ihrer zivilrechtlichen Besonderheiten verglichen mit dem direkten Grundeigentum im Rahmen des Kauf- und Erbrechts, Diss. Zürich 1969.
- THIEL R., Die Veräusserung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, BB 1965, S. 452 ff.
- TRACHSLER M., Die steuerpolitische Behandlung der Kapitalgesellschaften im zürcherischen Steuersystem, Diss. Zürich 1954.
- VON TUHR A./PETER H., Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2 Bände, 3. Aufl., Zürich 1974 und 1979.
- ULRICH P., Die Besteuerung der Familienaktiengesellschaften, Diss. Zürich 1980.
- VERNEHMLASSUNG des Regierungsrates des Kantons Zürich an das Eidgenössische Finanz- und Zolldepartement in Bern zum Entwurf zu einem Rahmengesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 26. Juli 1978; zit.: Vernehmlassung des Regierungsrates des Kantons Zürich.
- VIEL J./BREDT O./RENARD M., Die Bewertung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen, 5. Aufl., Zürich 1975.
- VISCHER F./RAPP F., Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968.

WALDER H., Veräusserung und Erwerb eines in der Form der Aktiengesellschaft bestehenden Unternehmens nach schweizerischem Recht, Zürich 1959.

— Der Poolvertrag, SAG 34 (1961/62) 146 ff.

WEBER A., Das Verhältnis von Handelsbilanz und Steuerbilanz, Diss. Bern 1978; zit.: Weber A.

WEBER B., Die Uebernahme von Unternehmungen, Diss. Zürich 1972; zit.: Weber B.

WEIDMANN H., Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, 3. Aufl., Bern 1979; zit.: Weidmann, Wegweiser.

— Kein Uebereifer bei der Besteuerung von Kapitalgewinnen, StR 15 (1960) 447 ff.; zit.: Weidmann, StR 15 (1960).

— Die Besteuerung von Kapitalgewinnen in der Schweiz, StR 19 (1964) 138 ff.; zit.: Weidmann, StR 19 (1964).

WEISS G., Einleitung zum Aktienrecht, Berner Kommentar, Bern 1956.

WIELAND A., Zur Uebertragbarkeit und Uebertragungsform unbeurkundeter Aktienrechte und von Aktienrechten, SAG 21 (1948/49) 141 ff.

— Kauf und Verkauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft nach altem und nach revidiertem Obligationenrecht, SAG 23 (1950/51) 85 ff., 109 ff.

— Nochmals zur Uebertragungsform unverurkundeter Aktienrechte, SAG 23 (1950/51) 217 ff.

ZULAUF J., Die wechselseitige Beteiligung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1974.

ZUPPINGER F., Die Revision der zürcherischen Steuergesetze, StR 25 (1970) 337 ff.

— Der Begriff der "capital gains" im schweizerischen Steuerrecht, StR 31 (1976) 4. ff., 47 ff.

— Die Revision des zürcherischen Steuergesetzes, StR 36 (1981) 183 ff.

ZUPPINGER F./SCHAERRER E./FESSLER F./REICH M., Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Ergänzungsband, Bern 1978; zit.: Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, EB.

ZWEIFEL M., Holdinggesellschaft und Konzern, Diss. Zürich 1973.

ZWISCHENBERICHT, Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Ueberprüfung des Aktienrechtes zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechtes, Kommission Tschopp, Lausanne/Bern 1972; zit.: Zwischenbericht.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Aufl.	Auflage
a	alt
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel, Gesetzesartikel
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (1932/33 ff.)
AStG	Aktiensteuergesetz
betr.	betreffend, betrifft
BB	Der Betriebs-Berater, Zeitschrift für Recht und Wirtschaft, Deutschland (1946 ff.)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, Lausanne 1875 ff.
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heisst
ders.	derselbe (Autor)
Diss.	Dissertation
EB	Ergänzungsband
E	Erwägung (Bundesgerichtsentscheide)
etc.	et cetera
f., ff.	folgende, fortfolgende
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HReg	Handelsregister
HRegV	Verordnung über das Handelsregister vom 24. März 1947 (Handelsregisterverordnung)
Hrsg.	Herausgeber

inkl.	inklusive
LCD	Loi sur les contributions directes
LCP	Loi générale sur les contributions publiques
LF	Loi des finances
LID	Loi sur les impôts directs
lit.	Buchstabe, litera
LT	Legge tributaria
m.E.	meines Erachtens
N	Note
N.F.	Neue Folge
Nr.	Nummer
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
RB	Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich an den Kantonsrat
RZ	Randziffer
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (1928 ff.)
StG	Steuergesetz
sog.	sogenannt
StR	Steuerrevue (1946 ff.)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
WStB	Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9. Dezember 1940 (Wehrsteuerbeschluss)
z.B.	zum Beispiel
Zbl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (1900 ff.)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (1865 ff.)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer

zit.

zitiert

ZSR

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
(1852 ff., N.F. 1882 ff.)

° VERZEICHNIS DER VERWENDETEN STEUERGESetze

I. Bund

Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9. Dezember 1940 (Wehrsteuerbeschluss)	WStB
---	------

II. Kantone

Aargau	Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern und über den direkten Finanzausgleich unter den Einwohnergemeinden vom 17. Mai 1966	AG-StG
	Gesetz über die Besteuerung von Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung) und den Genossenschaften vom 5. Oktober 1971	AG-AStG
Appenzell A.-Rh.	Gesetz über die direkten Steuern für den Kanton Appenzell A.-Rh. vom 27. April 1958	AR-StG
Appenzell I.-Rh.	Steuergesetz für den Kanton Appenzell Innerrhoden vom 28. April 1968	AI-StG
Basel-Land	Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern und den Finanzausgleich vom 7. Februar 1974	BL-StG
Basel-Stadt	Gesetz über die direkten Steuern vom 22. Dezember 1949	BS-StG
Bern	Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern vom 29. Oktober 1944	BE-StG
Freiburg	Loi sur les impôts cantonaux du 7 juillet 1972	FR-LIC
Genf	Loi générale sur les contributions publiques du 9 novembre 1887	GE-LCP
Graubünden	Steuergesetz für den Kanton Graubünden vom 21. Juni 1964	GR-StG
Jura	Loi sur les impôts directs de l'Etat et des communes du 26 octobre 1978	JU-LID
Luzern	Steuergesetz vom 27. Mai 1946	LU-StG
Neuenburg	Loi sur les contributions directes du 9 juin 1964	NE-LCD

Neuenburg	Loi instituant un impôt sur les gains immobiliers du 20 février 1962	NE-LIGI
Nidwalden	Steuergesetz vom 26. April 1970	NW-StG
Obwalden	Steuergesetz vom 8. Dezember 1968	OW-StG
St. Gallen	Steuergesetz vom 23. Juni 1970	SG-StG
Schaffhausen	Gesetz über die direkten Steuern vom 17. Dezember 1956	SH-StG
Schwyz	Steuergesetz vom 28. Oktober 1958	SZ-StG
Solothurn	Gesetz über die direkte Staats- und Gemeindesteuer vom 29. Januar 1961	SO-StG
Tessin	Legge tributaria del 28 settembre 1976	TI-LT
	Legge concernente l'imposta sul maggior valore immobiliare del 17 dicembre 1964	TI-LMVI
Thurgau	Gesetz über die Staats- und Gemeinde-steuern vom 9. Juli 1964	TG-StG
Uri	Steuergesetz des Kantons Uri vom 16. Mai 1965	UR-StG
Waadt	Loi sur les impôts directs cantonaux du 26 novembre 1956	VD-LID
Wallis	Loi fiscale du 10 mars 1976	VS-LF
Zug	Gesetz über die Kantons- und Gemeinde-steuern vom 7. Dezember 1946	ZG-StG
Zürich	Gesetz über die direkten Steuern vom 8. Juli 1951	ZH-StG
	Dienstanleitung zum Steuergesetz vom 3. Juli 1952; zit.: Dienstanleitung	

1. TEIL

ZIVILRECHTLICHE GRUNDLAGEN

§ 1 DIE AKTIE

I. BEGRIFF

Aktien im Sinne von Aktientiteln sind Urkunden, welche einen festen Teil am Grundkapital einer Aktiengesellschaft und die damit verbundenen Rechte und Pflichten verbriefen. Der Ausdruck "Aktie" kann verschiedenes bedeuten:

- Zunächst wird als Aktie eine bestimmte Quote oder Teilsumme des Grundkapitals bezeichnet (1).
- Weiter wird darunter die Mitgliedschaft als Inbegriff der Rechte und Pflichten des Aktionärs verstanden.
- Ebenfalls als Aktie wird die Urkunde bezeichnet, in welcher die Teilsumme des Grundkapitals bzw. die Mitgliedschaft des Aktionärs verbrieft sind (2).

1) Art. 620 Abs. 1 OR.

2) Vgl. auch hierzu Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 229.

II. MITGLIEDSCHAFTS- UND VERMOEGENSRECHTE

Die aktienrechtliche Mitgliedschaft beinhaltet die Gesamtheit der Rechte und Pflichten, die einem Aktionär als Teilhaber einer Gesellschaft zustehen. Sie ist kein Recht, sondern eine Rechtsposition, aus der diese Rechte und Pflichten fliessen. Aus dieser Mitgliedschaft entstehen die Rechte und Pflichten des Aktionärs sowohl in vermögensmässiger wie auch in nicht vermögensmässiger Hinsicht.

Die mitgliedschaftlichen Rechte lassen sich in die Vermögensrechte und die nicht vermögensmässigen Rechte unterteilen. Zu den wichtigsten Vermögensrechten, die den Bereich der wirtschaftlichen Interessensphäre des Aktionärs abdecken, zählen das Recht auf eine Gewinnbeteiligung, das Recht auf einen allfälligen Anteil am Liquidationserlös und das Recht auf Bezug neuer Aktien (3). Die nicht vermögensmässigen Rechte bestehen aus den Mitwirkungsrechten und den Schutzrechten des Aktionärs. Die Mitwirkungsrechte werden auch als die persönlichen Mitgliedschaftsrechte oder Herrschaftsrechte bezeichnet, denn sie geben dem Aktionär die Möglichkeit, sich aktiv an der Willensbildung der Gesellschaft zu beteiligen (4). Zu dieser Gruppe gehören das Recht auf Teilnahme und Einberufung der Generalversammlung, das Meinungsäusserungsrecht, das Antrags- und Kontrollrecht sowie das Stimmrecht (5). Hinzu kommen noch eine Anzahl Schutzrechte, die der persönlichen Freiheit sowie der Rechtsstellung des einzelnen Aktionärs oder einer Aktionärsgruppe dienen, wie beispielsweise das Anfechtungsrecht von Generalversammlungsbeschlüssen, das Recht, die rechtswidrig handelnde Verwaltung zur Verantwortlichkeit zu ziehen, und das Auflösungsrecht der Gesellschaft aus wichtigen Gründen (6).

3) Art. 660, 652 OR. Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 241 ff.

4) Die aktive Mitarbeit des Aktionärs beschränkt sich auf die Ausübung dieser Rechte, da in der Aktiengesellschaft das System der Drittorganschaft besteht. Mitgliedschaft und Geschäftsführungsfunktion fallen somit auseinander.

5) Art. 689, 692, 696, 699 OR. Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 247 ff.

6) Art. 706, 752, 736 Ziff. 4 OR. Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 250 ff.

Die Pflichten des Aktionärs beschränken sich einzig auf die Verpflichtung zur Zahlung des Zeichnungsbetrages, die sog. Liberierungspflicht (7). Eine zusätzliche finanzielle Beitragspflicht besteht nicht. Weitere Pflichten dürfen dem Aktionär auch durch die Statuten nicht auferlegt werden (8).

III. VERBRIEFUNG DER AKTIONARSRECHTE

Im Aktienrecht bestehen keine Bestimmungen darüber, wie die Verbriefung der Rechte des Aktionärs zu erfolgen hat. Die Mitgliedschaftsrechte können deshalb in einem Wertpapier, in einer gewöhnlichen Beweisurkunde verbrieft oder es kann auf die Ausgabe einer Urkunde verzichtet werden. Somit sind diese Rechte nicht abhängig vom Bestand des Papiers (9). Es zeigt sich in der Praxis, dass kleinere Gesellschaften mit wenigen Aktionären oft auf die Ausgabe von Aktienurkunden verzichten (10). Meistens werden jedoch die Mitgliedschaftsrechte in einem Wertpapier verbrieft.

Die Gesellschaft kann also eine gewöhnliche Beweisurkunde ausstellen. Diese Beweisurkunde ist ein Papier, welches die Mitgliedschaft des Aktionärs bescheinigt. Der Bestand wie auch der Inhalt der Mitgliedschaftsrechte werden aber durch die Verurkundung nicht beeinflusst (11). Diese Rechte bestimmen sich nach dem Statuteninhalt. Die Beweisurkunde ist für die im Papier verbrieften Rechte weder notwendig noch ausreichend.

Die Mitgliedschaft kann auch in Form eines Wertpapiers verbrieft werden. Die Rechte des Aktionärs sind durch die Wertpapierklausel mit der Urkunde derart verknüpft, dass sie ohne Urkunde nicht mehr geltend gemacht werden können (12). Mit der einfachen Wertpapierklausel verspricht der Schuldner,

7) Art. 680 Abs. 1 OR.

8) Art. 680 Abs. 1 OR. Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 254.

9) BGE 83 II 454.

10) Die herrschende Lehre nimmt jedoch an, dass der Aktionär zumindest Anspruch auf eine Bescheinigung seiner Mitgliedschaft in Form einer Beweisurkunde hat. Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 259.

11) Jäggi, Wertpapierrecht, 21.

12) Art. 965 OR. Vgl. hierzu Siegwart Art. 622 N 64 ff.

dass er ohne Vorweisung der Urkunde nicht leistet (13). Die Aktie ist von Gesetzes wegen ein kausales Wertpapier. Inhalt und Bestand der verbrieften Rechte richten sich nicht nach der Skriptur der Urkunde, sondern nach dem jeweiligen Statuteninhalt (14).

IV. ARTEN VON WERTPAPIERRECHTLICHEN AKTIENURKUNDEN

A. Inhaberaktie

Die Inhaberaktie stellt ein Inhaberpapier dar (15). Sie nennt keinen Namen, sondern sie lautet auf den Inhaber. Sie weist den jeweiligen Inhaber als den Berechtigten aus. Der Vorteil der Inhaberaktie liegt in der leichten Uebertragbarkeit und Geltendmachung des verbrieften Rechts (16).

B. Gewöhnliche Namenaktie

Die gewöhnliche Namenaktie ist ein Wertpapier, welches auf den Namen des Berechtigten lautet. Sie ist ein gesetzliches Ordrepapier (17). Für die Ausübung der verbrieften Rechte reicht das Recht am Papier nicht aus, sondern es wird zusätzlich noch die Eintragung des Aktionärs in das Aktienbuch verlangt (18). Dieser Eintrag ist für den Erwerber notwendig, denn die Gesellschaft betrachtet als Aktionär nur, wer im Aktienbuch eingetragen ist (19).

13) Jäggi, Kommentar, Art. 965 N 194 ff., 279.

14) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 260; Schluep, SAG 48 (1976), 128.

15) Art. 689 Abs. 4, 978 OR.

16) Vgl. hinten, 9.

17) Art. 684 Abs. 2 OR.

18) Art. 685 Abs. 4 OR.

19) Vgl. hinten, 10.

C. Vinkulierte Namenaktie

Die vinkulierte Namenaktie ist ebenfalls ein Ordrepapier (20). Der Unterschied zur gewöhnlichen Namenaktie besteht darin, dass die Statuten mit der Vinkulierung der Namenaktie die Uebertragbarkeit erschweren oder ausschliessen können (21). Statutarische Uebertragungserschwerungen können die Eintragung ins Aktienbuch von der Erfüllung gewisser Bedingungen abhängig machen oder dem zuständigen Verwaltungsorgan die Befugnis einräumen, die Eintragung ohne Angabe eines Grundes zu verweigern (22). Eher unbedeutend ist die gesetzliche Vinkulierung für den Fall, dass nicht voll einbezahlte Namenaktien übertragen werden und der Erwerber der Gesellschaft keine Sicherheit leistet (23).

D. Rektaaktie

Das Gesetz schreibt nicht vor, dass die Namenaktie zwingend als Ordrepapier auszugestalten ist. Vielmehr steht der Gesellschaft die Befugnis zu, die Uebertragung der Namenaktie durch Indossament auszuschliessen (24). Mit dieser sog. formellen Vinkulierung wird statutarisch angeordnet, dass die rechtsgültige Aktienübertragung durch Zession zu erfolgen hat (25). Dadurch verliert die Aktie den Ordrepapiercharakter und wird zum eigentlichen Namenpapier.

20) BGE 83 II 304, 90 II 240; Pestalozzi, 182 ff.

21) Art. 627 Ziff. 8, 684 Abs. 1, 686 OR.

22) Art. 686 Abs. 1 und 2 OR. Vgl. Bürgi Art. 684 N 11; Schluep, SAG 48 (1976), 123 ff.; dazu auch hinten, 10 ff.

23) Art. 686 Abs. 3 OR.

24) Art. 627 Ziff. 8 OR.

25) Jäggi, Kommentar, Art. 974 N 6; Schluep, SAG 48 (1976), 123; Pestalozzi, 27.

E. Aktienzertifikate

Das Aktienzertifikat ist ein Ausweis über eine bestimmte Anzahl von Aktien. Ein Zertifikat kann für sämtliche Aktienarten ausgestellt werden. Grundsätzlich ist ein Aktienzertifikat wie die entsprechenden Einzeltitel zu behandeln (26). Sie werden deshalb in der Regel als Wertpapiere ausgestellt.

Neuerdings sind auch Zertifikate über Aktiensplitter ausgestellt worden. Hierzu werden Aktien, die einen für den Börsenhandel zu hohen Wert erlangt haben, bei einer Bank hinterlegt und an deren Stelle Teilzertifikate ausgegeben. Ein Teilzertifikat verbrieft einen anteilsmässigen Anspruch an den Vermögensrechten, nicht aber an den Verwaltungsrechten.

F. Interimsscheine

Die Interimsscheine sind Urkunden, in denen eine Gesellschaft dem Aktionär verspricht, nach Erscheinen der Aktientitel eine bestimmte Anzahl davon auszuhändigen. Sie werden also vor der definitiven Ausgabe der Aktien ausgestellt. Sie sind provisorische Titel für die Zwischenperiode bis zur Aushändigung der Aktien, entsprechen aber materiell den definitiven Titeln (27).

Das Gesetz kennt drei Arten von Interimsscheinen:

- Für Inhaberaktien, die voll einbezahlt sind, können auf den Inhaber lautende Interimsscheine ausgegeben werden (28).
- Für Inhaberaktien, die noch nicht voll einbezahlt worden sind, dürfen nur auf den Namen lautende Interimsscheine ausgestellt werden (29). Diese Scheine sind keine Wertpapiere, sondern gewöhnliche Beweisurkunden (30).

26) BGE 86 II 98.

27) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 263.

28) Art. 688 Abs. 1 OR.

29) Art. 688 Abs. 1 und 2 OR.

30) Guhl/Merz/Kummer, 629; offengelassen in BGE 75 III 9 f.

- Für Namenaktien dürfen ebenfalls nur auf den Namen lautende Interims-scheine ausgegeben werden (31). Diese Scheine sind Ordrepapiere.

V. UEBERTRAGUNG DER AKTIENURKUNDE

A. Grundsatz der Uebertragungsfreiheit

Das Aktienrecht bestimmt, dass die Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft genau festgelegt sein muss (32). Insbesondere kann die Herabsetzung des Kapitals nur unter Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durchgeführt werden (33). Die kapitalbezogene Ausgestaltung der Gesellschaft vermag dem Aktionär einzig die Pflicht der Liberierung seiner Anteile aufzuerlegen und somit übernimmt das Grundkapital auch die Funktion des Haftungskapitals. Zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern besteht eine lose Verbindung. Deshalb wurde zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger der Grundsatz des festen Grundkapitals statuiert.

Das genau festgelegte Grundkapital einerseits und der Nennwert der Aktien andererseits bestimmen die Anzahl der Aktien und damit die Zahl der Mitgliedschaftsstellen. Diese Mitgliedschaftsstellen müssen immer besetzt sein (34).

Aus diesen Gründen kann ein Aktionär seine Mitgliedschaft weder durch Austritt oder Kündigung noch durch Rückforderung des einbezahlten Betrages beenden. Umso wichtiger ist für den Aktionär das Recht der Veräußerung seiner Aktien. Dieses Veräußerungsrecht ermöglicht ihm, seine Aktien auf einen Dritten zu übertragen. Damit scheidet er aus dem Aktionärskreis der Gesellschaft aus und der Erwerber tritt an seine Stelle.

31) Art. 688 Abs. 3 OR.

32) Art. 626 Ziff. 3 OR.

33) Art. 732 ff. OR.

34) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 264.

Grundsätzlich sieht das Aktienrecht eine freie Uebertragbarkeit der Aktien vor. Dieses Prinzip entspricht der Struktur der Aktiengesellschaft, die in der typischen Ausgestaltung kapitalbezogen, nämlich ausschliesslich auf die Kapitalbeteiligung ihrer Mitglieder ausgerichtet ist (35) und als selbständige juristische Personen in bestandesmässiger Hinsicht unabhängig ist von der personellen Besetzung der Mitgliedschaftsstellen (36). Eine starke Bindung an die Gesellschaft würde auch die Attraktivität einer Aktie als Kapitalanlage erheblich vermindern.

Der Grundsatz der freien Uebertragbarkeit gilt allerdings nicht uneingeschränkt, denn die Gesellschaften können statutarisch ein Uebertragungsverbot oder Uebertragungser schwerungen vorsehen (37). Durch die Vinkulierung von Namenaktien kann die Uebertragung erschwert oder ausgeschlossen werden (38).

B. Uebertragungsarten

Wie bereits ausgeführt wurde, müssen die Aktienrechte nicht notwendigerweise in einem Wertpapier oder einer Beweisurkunde verbrieft sein. Deshalb werden die Uebertragungsarten getrennt dargestellt für die verbrieften Aktienrechte einerseits, nämlich die wertpapierrechtlichen Aktienurkunden und die Beweisurkunden, und anderseits für die nicht verbrieften Aktienrechte.

35) Von dieser kapitalbezogenen Struktur kann aber durch Aufnahme personalistischer Elemente in die Statuten abgewichen werden. Vgl. z.B. hinten, 27.

36) Die Aktiengesellschaft kann sogar als Einmanngesellschaft weiterbestehen, Art. 625 Abs. 2 OR toleriert diese atypische Erscheinungsform.

37) Vgl. hierzu hinten, 10 ff.

38) Vgl. vorne, 5.

1. VERBRIEFTE AKTIENRECHTE

a) Inhaberaktie

Die Uebertragung der Inhaberaktie richtet sich nach den fahnisrechtlichen Bestimmungen der Besitzesübertragung (39). Die Eigentumsübertragung erfolgt mit der aufgrund eines gültigen obligatorischen Rechtsgrundgeschäftes erfolgten Uebergabe des Besitzes an der Aktienurkunde vom Veräusserer auf den Erwerber. Mit dieser Besitzesübergabe überträgt der Veräusserer das Eigentumsrecht am Papier sowie das Forderungsrecht aus dem Papier auf den Erwerber. Die Uebergabe der Aktie ist legitimationsrechtlich absolut notwendig, denn ohne Papierbesitz kann der Gläubiger die verbrieften Rechte nicht geltend machen (40). Die Verfügungsgeschäfte des Sachenrechts beruhen auf dem Kausalitätsprinzip, indem sie vom Bestehen eines gültigen obligatorischen Grundgeschäftes abhängig sind. Somit ist für die rechtsgültige Uebertragung der Inhaberaktie neben der Uebergabe des Titels auch ein gültiges obligatorisches Rechtsgrundgeschäft, meistens ein Kaufvertrag, notwendig. Die Uebergabe des Besitzes stellt die dingliche Perfektion, die Erfüllung des Grundgeschäftes dar.

b) Gewöhnliche Namenaktie

Die gewöhnliche Namenaktie wird mit dem Abschluss eines gültigen obligatorischen Grundgeschäftes und mit der Uebergabe des indossierten Aktientitels übertragen (41). Somit muss ebenfalls wie bei der Inhaberaktie ein obligatorisches Verpflichtungsgeschäft vorliegen (42). Hingegen reicht die blosser Uebergabe des Titels nicht aus, das Gesetz verlangt bei den Ordrepapieren

39) Art. 922 ZGB. Vgl. für viele Bürgi Art. 683 N 15.

40) Die Besitzesübertragung ist auch ohne Uebergabe der Urkunde möglich nach den sachenrechtlichen Grundsätzen der offenen Besitzlage (Art. 922 Abs. 2 ZGB), des Besitzeskonstitutes (Art. 924 Abs. 1 ZGB), der Besitzesanweisung (Art. 924 ZGB) und der brevi manu traditio. Vgl. Guhl/Merz/Kummer, 809.

41) Art. 684 Abs. 2 OR.

42) Vgl. Ausführungen bei der Inhaberaktie, oben.

zusätzlich einen Uebertragungsvermerk auf der Aktie, das Indossament. Das Indossament zeigt dem Schuldner an, statt an den ersten Gläubiger fortan an den namentlich bezeichneten Indossataren zu leisten. Schliesslich bedarf es noch der Eintragung des Erwerbers in das Aktienbuch der Gesellschaft (43). Der Eintrag hat allerdings keine materiell-rechtliche Wirkungen für das Bestehen des verurkundeten Rechts, weil den Mitgliedschaftspapieren die materielle Scripturrechtlichkeit fehlt (44). Die Eintragung regelt ausschliesslich die Frage, wer gegenüber der Gesellschaft zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte berechtigt ist (45). Allerdings hat dieser Eintrag nur deklaratorische Wirkung, denn die Legitimationswirkung verschafft das ordnungsgemäss indossierte Papier (46). Deshalb bleibt es der Gesellschaft allenfalls unbenommen, die materielle Nichtberechtigung des Buchaktionärs nachzuweisen und einen Nichteingetragenen als Berechtigten anzuerkennen (47).

c) Vinkulierte Namenaktie

Die vinkulierte Namenaktie ist unter den gleichen Voraussetzungen übertragbar wie die gewöhnliche Namenaktie. Der wesentliche Unterschied zur gewöhnlichen Namenaktie besteht darin, dass mit der Vinkulierung der Aktie die Uebertragung erschwert ist. Die Statuten können einerseits die notwendigen Voraussetzungen für den Eintrag einzeln nennen, indem sie beispielsweise nur Schweizerbürger, in Familienaktiengesellschaften nur Angehörige einer bestimmten Familie, aufnehmen, oder auf berufliche Kriterien etc. abstellen. Der Erwerber hat einen Rechtsanspruch auf die Eintragung, sobald er die geforderten Voraussetzungen erfüllt (48). Andererseits können die Statuten vorsehen, dass die Gesellschaftsorgane zur Verweigerung des Eintrages ohne

43) Art. 685 OR.

44) Schluep, SAG 48 (1976), 128.

45) Jäggi, Kommentar, Art. 965 N 65; ders., SAG 23 (1950/51), 173 ff.; Pestalozzi, 65; Ribi, 258.

46) Vgl. hierzu BGE 90 II 173 ff.; Schluep, SAG 48 (1976), 128; Guhl/Merz/Kummer, 632.

47) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 261.

48) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 267.

Angabe von Gründen ermächtigt sind. Immerhin sind die zuständigen Gesellschaftsorgane in diesen Fällen an die allgemeinen Schranken des Art. 2 ZGB gebunden, indem sie nicht in rechtsmissbräuchlicher Art von ihrem Ermessensspielraum Gebrauch machen dürfen (49).

Genehmigt die Gesellschaft die Eintragung des Erwerbers in das Aktienbuch nicht, dann kommt es nach der Praxis des Bundesgerichtes zur sog. Spaltung der Aktienrechte. Diese Spaltung bewirkt, dass mit den Vermögensrechten, nämlich den zukünftigen Forderungen auf Dividende und Liquidationsanteil sowie dem Recht auf Verwertung von Bezugsrechten, auch das Eigentum am Titel auf den Erwerber übergehen (50). Die Mitgliedschaftsrechte hingegen stehen nach wie vor dem Veräusserer zu, denn das Indossament "transportiert" die Mitgliedschaft nicht aus sich selbst heraus auf den Erwerber (51). Die Uebertragung dieser Mitgliedschaftsrechte erfordert nämlich die Zustimmung der Gesellschaft. Mit der Uebertragung vinkulierter Namenaktien wird höchstens ein bedingter Anspruch auf Eintragung des Erwerbers transportiert (52). Somit verbleiben die Mitgliedschaftsrechte beim Veräusserer, welcher als noch im Aktienbuch eingetragener Aktionär allein berechtigt ist, diese Rechte auszuüben.

Die Vinkulierung erfasst somit die Mitgliedschaftsrechte, die weiterhin nur durch den Buchaktionär ausgeübt werden können. Hingegen geht das Eigentum an der Namenaktie an den Erwerber über. Diese Spaltung führt dazu, dass der Veräusserer als Berechtigter im Aktienbuch eingetragen bleibt, obwohl er im Normalfall keinerlei Interessen mehr an der Mitbestimmung der Geschicke der Gesellschaft hat. Umgekehrt der Erwerber, der, obwohl er finanziell an der Gesellschaft beteiligt ist, von der Mitwirkung und Mitbestimmung ausgeschlossen bleibt. In der Praxis wird deshalb angestrebt, die Einheit der Mitgliedschaftsrechte und der aus ihr fliessenden Rechte zu erhalten, indem

49) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 267.

50) BGE 83 II 297 ff., insbesondere 302 ff.; 90 II 235 ff. In der Literatur ist diese Praxis allerdings umstritten. Vgl. unter anderen: Bürgi Art. 686 N 92 ff.; Jäggi, SAG 33 (1960/61), 65 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 268; von Steiger, 159 ff.; Schluep, SAG 48 (1976), 127 f.

51) Schluep, SAG 48 (1976), 128.

52) Schluep, SAG 48 (1976), 128.

sie die Aktientitel statutarisch oder durch einen entsprechenden Vermerk auf dem Titel selber nur in ihrer Gesamtheit für übertragbar erklären (53).

d) Rektaaktie

Die Rektaaktie wird gültig übertragen durch die Uebergabe des Papiers und eine Abtretungserklärung des Verfügungsberechtigten (54). Die schriftliche Abtretungserklärung, Zession, kann auf der Urkunde selber oder auf einem besonderen Papier angebracht werden (55). Mit der Zessionserklärung gehen nur diejenigen Rechte auf den Erwerber über, die dem Veräußerer selber zustanden (56). Ein gültiges obligatorisches Rechtsgrundgeschäft wird nicht vorausgesetzt, da die Zession nach herrschender Lehre als abstrakte Verfügung aufgefasst wird (57). Der Papierbesitz weist nur eine sehr beschränkte Legitimationskraft auf. Deshalb muss der Erwerber gegenüber der Gesellschaft neben dem Papierbesitz auch seine materielle Berechtigung nachweisen.

e) Aktienzertifikate

Die Aktienzertifikate sind ebenfalls übertragbar, und zwar grundsätzlich wie die entsprechenden Einzeltitel (58). Somit wird ein Zertifikat über Namenaktien durch ein einziges Idossament übertragen. Dies ist eine erhebliche Erleichterung für den Rechtsverkehr.

53) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 269.

54) Art. 967 Abs. 1 und 2 OR.

55) Art. 164 ff. OR.

56) Pestalozzi, 27.

57) Von Tuhr/Escher, Band II, 333; Guhl/Merz/Kummer, 232.

58) Vgl. vorne, 6.

f) Interimsscheine

aa) Inhaberinterimsscheine

Inhaberinterimsscheine sind auf die gleiche Weise übertragbar wie die Inhaberaktien (59).

bb) Nameninterimsscheine für Inhaberaktien

Für nicht voll einbezahlte Inhaberaktien werden nur Nameninterimsscheine ausgegeben (60). Diese Scheine sind keine Wertpapiere, sondern gewöhnliche Beweisurkunden (61). Sie werden nach den für die Zession geltenden Bestimmungen übertragen. Die Uebertragung ist der Gesellschaft gegenüber erst wirksam, wenn sie ihr angezeigt wird (62).

cc) Nameninterimsscheine für Namenaktien

Diese Nameninterimsscheine werden nach den Grundsätzen über die Namenaktien übertragen (63).

g) Beweisurkunde

Die in einer gewöhnlichen Beweisurkunde verbrieften Mitgliedschaftsrechte werden durch eine schriftliche Abtretungserklärung übertragen (64).

59) Vgl. vorne, 9.

60) Art. 688 Abs. 2 OR. Vgl. vorne, 6.

61) Vgl. vorne, 6.

62) Art. 688 Abs. 1 OR.

63) Vgl. vorne, 9 f.

64) Vgl. die Ausführungen über die Zession vorne, 12.

2. NICHT VERBRIEFTE AKTIENRECHTE

Grundsätzlich ist die Uebertragbarkeit nicht verbriefter Aktienrechte unbestritten (65). Allerdings bestehen im Aktienrecht keine Bestimmungen, die sich auf die Uebertragung dieser unverbrieften Rechte beziehen. In der Literatur gehen nun die Meinungen auseinander, ob die nicht verbrieften Aktien formlos oder analog der Forderungsrechte durch schriftliche Abtretungserklärung übertragbar seien.

Die formfreie Uebertragung der unverbrieften Aktienrechte wird vor allem mit den Argumenten begründet, dass das Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift keineswegs ein redaktionelles Versehen oder eine Gesetzeslücke sei (66). Deshalb sei eine Uebertragungsform analog der Abtretungsvorschriften für Forderungsrechte abzulehnen. Vielmehr seien eben die unverbrieften Aktienrechte in Anwendung von Art. 11 Abs. 1 OR formfrei übertragbar (67).

Diese Theorie der formfreien Uebertragung, wie sie vor allem von Wieland vertreten wird, wird jedoch von der herrschenden Lehre abgelehnt und statt dessen, analog den Forderungsrechten, die Form der Zession (68) als die gültige Uebertragungsform angesehen (69). Die Uebertragung der unverbrieften Aktienrechte in Form einer schriftlichen Abtretungserklärung wird im wesentlichen damit begründet, dass an dieser Stelle das Gesetz eine sich unver-

65) BGE 86 II 93 E 3; Bürgi Vorbemerkungen zu den Art. 683-687 OR N 24 ff.

66) Für viele Wieland, SAG 21 (1948/49), 141 ff., insbesondere 148 ff., ders., SAG 23 (1950/51), 217 ff. Wieland, 153, begründet seine Theorie unter anderem damit, dass deshalb keine Gesetzeslücke vorliege, weil bei der Verpfändung (Art. 900 Abs. 3 ZGB) den Forderungen die "anderen Rechte" gleichgestellt sind. Wollte also der Gesetzgeber, dass die "anderen Rechte", vorliegend die unverbrieften Aktienrechte, gleich wie die Forderungsrechte zu übertragen seien, dann hätte er dies vorgesehen.

67) Entscheid des St. Gallischen Kantonsgerichts in: St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis, 1954 Nr. 16, 35 ff. = SAG 28 (1955/56), 155 ff.

68) Art. 164 ff. OR.

69) Für viele Bürgi, SAG 23 (1950/51), 133 ff.; Jäggi, SAG 31 (1958/59), 64 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 269; vgl. auch den Entscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich in: SAG 47 (1975) 111 ff.; Baldi, 40 f.

meidlicherweise ergebende Rechtsfrage nicht beantworte (70). Damit könne aber ohne weiteres das Vorliegen einer echten Lücke angenommen werden, die der Richter gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB nach dem Gewohnheitsrecht und, wo ein solches fehlt, nach derjenigen Regel zu entscheiden hat, die er als Gesetzgeber aufstellen würde (71). Dabei soll die Ausfüllung der Lücke in erster Linie auf dem Weg des Analogieverfahrens erfolgen (72).

Für die analoge Anwendung des Zessionsrechts spricht einmal die Tatsache, dass Rektaaktien und ebenfalls die Nameninterimsscheine, die für nicht voll einbezahlte Inhaberaktien ausgegeben worden sind, von Gesetzes wegen nur durch schriftliche Abtretungserklärung übertragbar sind (73). Somit sieht der Gesetzgeber die Uebertragungsform der Forderungsabtretung auch für Aktien oder provisorische Aktientitel vor, obwohl die Aktien als Mitgliedschaftspapier eine besondere Art von Wertpapieren darstellen, weil sie neben den Forderungsrechten auch Mitgliedschaftsrechte verbriefen. Daraus ergibt sich aber, dass einer analogen Anwendung der Zessionsform für die Uebertragung der unverbrieften Aktie nichts im Wege steht (74). Zudem sind auch die Interessen der Rechtssicherheit zu berücksichtigen, namentlich vom Standpunkt der Verkehrssicherheit und der Schaffung geordneter Verhältnisse innerhalb der Gesellschaft aus (75).

Somit ist der herrschenden Lehre zuzustimmen und die gültige Uebertragung der unverbrieften Aktien hat demnach durch schriftliche Abtretungserklärung zu erfolgen.

70) Meier-Hayoz, Kommentar ZGB, N 271, 274, 293 zu Art. 1 ZGB.

71) BGE 90 I 141.

72) Meier-Hayoz, Kommentar ZGB, N 346 zu Art. 1 ZGB.

73) Vgl. vorne, 12.

74) Vgl. hierzu den Einwand von Wieland, SAG 21 (1948/49) 50, der unter anderem in den verbrieften Mitgliedschaftsrechten einer Aktie einen Grund sieht, der eine analoge Anwendung der Forderungsabtretung ausschliesst.

75) Vgl. die Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. April 1974 zu einem Entscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Dezember 1973 in: SAG 47 (1975) 111.

C. Uebertragungerschwörungen

1. STATUTARISCHE UEBERTRAGUNGERSCHWÖRUNG

Das Gesetz sieht nun die Möglichkeit vor, dass die Aktiengesellschaft von der grundsätzlich freien Uebertragbarkeit der Aktien abweichen und statutarische Uebertragungerschwörungen oder sogar ein Uebertragungsverbot vorsehen kann (76). Diese Uebertragungerschwörungen bedeuten eine Abkehr von der für die Aktiengesellschaft typischen Kapitalbezogenheit der Gesellschaftsstruktur, indem auch personenbezogene Elemente berücksichtigt werden.

Die verschiedensten Motive können Anlass dazu geben, von der freien Uebertragungsmöglichkeit der Aktien abzusehen. Namentlich in kleineren Gesellschaften, vor allem in Familienaktiengesellschaften, besteht in der Praxis das Bedürfnis, den Kreis der Aktionäre auf Familienmitglieder oder auf mitarbeitende Aktionäre zu beschränken (77). Dieser Einschränkung liegt die Absicht zugrunde, die Gesellschaft als gemeinsames, den Zwecken dieser kleinen Aktionärsgruppe dienende Unternehmung zu führen und zu erhalten (78). Aber auch bei grösseren Gesellschaften kann die freie Uebertragung unerwünscht sein, weil darin eine mögliche Gefahr der inneren oder äusseren Ueberfremdung gesehen wird (79). Mit der erschwerten Uebertragbarkeit der Anteile sichert sich die Gesellschaft eine Kontrolle über die Zusammensetzung der Aktionäre. Sie kann mit dieser Massnahme verhindern, dass über eine kapitalmässige Beteiligung Konkurrenzunternehmungen Einblick in und Einfluss auf die Gesellschaft nehmen (80). Gegebenenfalls gilt es auch, den nationalen Charakter einer Unternehmung zu sichern, und deshalb werden dann nur Schweizerbürger in den Kreis der Aktionäre aufgenommen.

76) Art. 627 Ziff. 8 OR.

77) Schluep, SAG 48 (1976), 122; Ulrich, 4, 22.

78) Ulrich, 4.

79) Schluep, SAG 48 (1976), 122.

80) Dies wäre unter anderem durch das Stimmrecht (Art. 652 OR), das Kontrollrecht (Art. 696 und 697 OR), Recht auf Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 3 OR), das Anfechtungsrecht von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 OR) ohne weiteres möglich.

Die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte wird durch die Vinkulierung der Namenaktie erschwert oder ausgeschlossen (81). Mit der statutarischen Vinkulierung kann nämlich einerseits die Uebertragung verboten werden oder anderseits von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht oder den zuständigen Gesellschaftsorganen die Befugnis eingeräumt werden, über die Zustimmung nach freiem Ermessen zu entscheiden (82).

2. VERTRAGLICHE ERWERBSRECHTE

Die Aktionäre können sich vertraglich ein Vorkaufs-, Kaufs- oder ein anderes verwandtes Vorrecht an den Aktien einräumen. Durch eine solche vertragliche Abmachung verpflichten sich die Aktionäre, den freien Verkauf der Aktien dahingehend einzuschränken, dass sie sich gegenseitig oder nur einem bestimmten Berechtigten das Recht einräumen, die zum Verkauf angebotenen Aktien zu erwerben (83). Mit der Einräumung eines Vorrechtes versuchen die Aktionäre einer Gesellschaft, die Veräusserung von Aktien an einen unerwünschten Dritten zu verhindern. Diese gegenseitigen Verfügungsbindungen können allerdings nur Rechte und Pflichten zwischen den beteiligten Aktionären begründen und sind somit ohne unmittelbare gesellschaftliche Bedeutung (84). Diese vertraglichen Erwerbsrechte besitzen somit eine beschränkte Wirkung, denn sie können einen Aktionär an einer vertragswidrigen Veräusserungshandlung seines Anteils nicht hindern. Verkauft der Aktionär seine Aktien entgegen der Vereinbarung an einen Dritten, so ist dieser in seinem Erwerb geschützt. Der Veräusserer aber wird aus Vertragsverletzung schaden-

81) Art. 684 Abs. 1, 686 OR.

82) Vgl. hierzu vorne, 5, 10. Die Statuten können die Vinkulierung ursprünglich vorsehen oder durch nachträgliche Statutenänderung einführen. Das Uebertragungsrecht ist ein relativ wohlerworbenes Aktionärrecht, das dem Aktionär nur entzogen werden kann, wenn überwiegende Gesellschaftsinteressen dies erfordern und der Grad der Vinkulierung zweckproportional ist; vgl. Schluep, SAG 48 (1976), 125 f. und dort zit. Literatur.

83) Einzelheiten über diese Vorkaufs-, Kaufs- und anderen Vorrechte statt vieler Haymann, 95 ff.

84) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 48; Glattfelder, 227a ff.; Haymann, 74.

ersatzpflichtig gegenüber den anderen an der Vereinbarung beteiligten Aktionären. Diese Erwerbsrechte werden meistens im Rahmen von Aktionärbindungsverträgen abgeschlossen (85).

Die Wirksamkeit der Vorkaufs- oder Kaufsrechte kann mit einer Vinkulierung statutarisch verankert werden, indem die Gesellschaft der Uebertragung der Aktien nur zustimmt, wenn kein vorkauf- oder kaufberechtigter Aktionär die zum Verkauf angebotenen Aktien übernimmt (86). Eine weitere Sicherungsmöglichkeit für die Erfüllung dieser Uebertragungserschwerung und für die Erwerbsrechte ist die Hinterlegung der Aktien in einem Sperrdepot bei einer Bank, über das die Parteien nur gemeinsam verfügen können (87). Die vertragliche Vereinbarung kann auch eine Konventionalstrafe vorsehen für den Fall, dass eine Partei sich nicht an die Abmachungen hält.

85) Ueber Aktionärbindungsverträge hinten,

86) Guhl/Merz/Kummer, 308; Salzgeber-Dürig, 188. Vgl. auch Herren K.W., Statutarische Beteiligung zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Diss. Bern 1973.

87) Salzgeber-Dürig, 80 f.; Stuber, 52; Haymann, 120 ff. und dort zit. Literatur.

§ 2 DIE AKTIENMEHRHEIT

I. BEGRIFF UND WESEN

Unter einer Aktienmehrheit versteht man die Summe von einzelnen Aktien, die von mindestens 50 Prozent des Grundkapitals bzw. der Stimmrechte und einer Aktie (Dominante) bis zur vollständigen Innehabung aller Aktien der Gesellschaft reicht.

Eine Aktienmehrheit zeichnet sich demnach äusserlich als eine Summe von einzelnen Aktientiteln aus. Sie charakterisiert sich als eine Beteiligung, welche die Mehrheit der Aktien einer Gesellschaft umfasst. Diese Beteiligung besteht aus mindestens 50 Prozent und einer Aktie der bestehenden Aktien und reicht bis zur vollständigen Innehabung aller Aktien (1). Bei der unteren Abgrenzung der Aktienmehrheit, also im Grenzbereich zwischen Minderheits- und Mehrheitsbeteiligung, kommt somit einer einzelnen Aktie eine dominierende Rolle zu. Die Höhe der Beteiligung ist deshalb das entscheidende äussere Merkmal der Aktienmehrheit.

Die massgebende Bedeutung erlangt die Aktienmehrheit im Normalfall dadurch, dass sie mit der Mehrheit der Aktienstimmen die Beherrschung der Gesellschaft ermöglicht. Grundsätzlich üben die Aktionäre das Stimmrecht nach dem Verhältnis des gesamten Nennwertes der ihnen gehörenden Aktien aus (2). Dieses Prinzip entspricht der kapitalbezogenen Struktur der Aktiengesellschaft. Die Stimmkraft des Aktionärs bestimmt sich somit nach Massgabe seiner Kapitalbeteiligung. Die Mitgliedschaftsrechte stehen also den Aktionären nicht in gleichem Masse zu, wie dies bei personenbezogenen Gesellschaften mit der Bemessung des Stimmrechtes nach Köpfen anzutreffen ist (3). Die Stimmkraft muss sich aber nicht zwingend nach der kapitalmässigen Beteiligung richten. Vielmehr können die Statuten eine abweichende Stimmrechtsregelung vorsehen,

1) Ueber die einzelnen Mehrheitsverhältnisse hinten, 21 ff.

2) Art. 692 Abs. 1 OR.

3) Vgl. für die Genossenschaft Art. 885 OR, Verein Art. 67 Abs. 1 ZGB.

indem die Gesellschaft Stimmrechtsaktien ausgibt (4). Besteht keine andere statutarische Ordnung, dann ergibt sich aus der Mehrheit der Aktien auch die Mehrheit der Stimmen. Die Willensbildung der Aktiengesellschaft beruht auf dem Mehrheitsprinzip und somit erlangt der Aktionär, der die Aktienmehrheit besitzt, die Herrschaft über die Gesellschaft.

II. ARTEN UND BEDEUTUNG VON AKTIENMEHRHEITEN

A. Grundsätzliches

Ausgehend vom Begriff der Aktienmehrheit (5) wird nun an dieser Stelle aufgezeigt, welche Arten von Mehrheiten im Aktienrecht bedeutend sind. Grundsätzlich entspricht jedes Aktienpaket, das mehr als 50 Prozent der Aktien des Grundkapitals umfasst, einer Aktienmehrheit im Sinne dieser Arbeit. Aber zwischen der unteren Grenze einer Mehrheit, nämlich 50 Prozent der Aktien und eine Dominante, und dem Besitz aller Aktien besteht ein breites Feld prozentualen Anteils von Aktienstimmen, aus denen eine Aktienmehrheit bestehen kann. Der Umfang der Aktien spielt nun für die Beschlussfassung der Gesellschaft eine entscheidende Rolle.

Das Aktienrecht kennt eine ganze Anzahl von qualifizierter Quorumsbestimmungen, die für die Beschlussfassung wichtiger Gesellschaftsentscheide vorgesehen sind. Neben den gesetzlichen Quorumsbestimmungen können ebenfalls die Statuten entsprechende Vorschriften enthalten. Diese besonderen Quorumsvorschriften bedeuten, dass für eine Anzahl von Beschlüssen vom grundsätzlich herrschenden Mehrheitsprinzip, nämlich von der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen, abgewichen wird (6). Statt der absoluten Mehrheit ist dann ein bestimmtes Quorum für die Beschlussfassung notwendig.

4) Vgl. hierzu hinten, 27.

5) Vgl. vorne, 19.

6) Art. 703 OR.

Die folgende Unterteilung von Aktienmehrheiten richtet sich also nach der aktienrechtlichen Bedeutung, welche einer Mehrheit bei der Beschlussfassung in der Gesellschaft zukommt.

Es lassen sich folgende Aktienmehrheiten unterscheiden:

- faktische Aktienmehrheit
- absolute Aktienmehrheit
- qualifizierte Aktienmehrheit
- Vereinigung sämtlicher Aktienstimmen in einer Hand.

B. Arten

1. FAKTISCHE AKTIENMEHRHEIT

a) Begriff

Als faktische Aktienmehrheit wird eine Summe von Aktien bezeichnet, die - obwohl nicht die Hälfte der Aktienstimmen ausmachend - dennoch einen Einfluss auf die Beschlussfassung der Gesellschaft ermöglicht.

Diese faktische Aktienmehrheit entspricht aber nicht dem in dieser Arbeit verwendeten Begriff einer Aktienmehrheit (7). Sie wird deshalb nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

b) Einfluss auf die Beschlussfassung

Die faktische Aktienmehrheit erreicht also nicht die Hälfte der Aktien des gesamten Grundkapitals. Grundsätzlich können mit dieser faktischen Mehrheit selbständig keine Gesellschaftsbeschlüsse herbeigeführt oder verhindert werden. Trotzdem erlangt sie für die Willensbildung eine nicht unbedeutende gesellschaftsrechtliche Bedeutung.

7) Vgl. vorne, 19.

Die Bedeutung dieser faktischen Aktienmehrheit äussert sich einmal in den Minderheitsrechten, die zum Schutze der Minderheitsaktionäre gesetzlich verankert worden sind (8). Dazu gehören das Kontrollrecht der Aktionäre (9), das Recht, eine Generalversammlung einzuberufen (10), das Anfechtungsrecht von Generalversammlungsbeschlüssen (11) sowie das Recht, die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen zu verlangen (12).

Nun erlangt diese faktische Mehrheit noch aus anderen Gründen eine wichtige Bedeutung. In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass bei grösseren Aktiengesellschaften mit stark verteiltem Aktienbesitz oftmals nur ein Teil der Aktien an der Generalversammlung vertreten ist. Das führt dazu, dass ein Aktionär mit einem Aktienpaket, das beispielsweise 40 Prozent der Aktien umfasst, die Mehrheit der vertretenen Aktien erlangt und damit die Gesellschaft beherrscht. Diese faktische Mehrheit garantiert allerdings keine stabile Machtstellung (13).

Schliesslich kann die faktische Aktienmehrheit denjenigen Anteil der Aktien umfassen, mit dem qualifizierte Gesellschaftsbeschlüsse verhindert werden können. Sowohl das Gesetz als auch die Statuten sehen für eine Anzahl von Beschlüssen qualifizierte Quorumsbestimmungen vor, die in der Regel für die Beschlussfassung eine Mehrheit von zwei Dritteln der Aktien vorschreiben (14). Besteht nun also die faktische Aktienmehrheit aus mehr als einem Drittel der Aktien, dann kann sie allenfalls die Beschlussfassung verhindern, für deren Zustandekommen gesetzlich oder statutarisch eine qualifizierte Mehrheit notwendig ist. Somit kommt diesem Aktienpaket die Funktion einer Sperrminorität zu.

8) Ueber die Minderheitsrechte im einzelnen, statt vieler: Bär R., Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 95 (1959), 369 ff.; Schluep W.R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955.

9) Art. 696, 697 OR.

10) Art. 699 Abs. 3 OR.

11) Art. 706 OR.

12) Art. 736 Ziff. 4 OR.

13) Dazu auch hinten, 29 f.

14) Vgl. hinten, 24 f.

2. ABSOLUTE AKTIENMEHRHEIT

a) Begriff

Als absolute Aktienmehrheit bezeichnet man die Summe von Aktientiteln, welche mindestens 50 Prozent und eine Aktienstimme sämtlicher Aktienstimmen umfasst (15).

Diese absolute Aktienmehrheit stellt die minimale Summe von Aktien dar, damit von einer Aktienmehrheit im Sinne dieser Arbeit gesprochen werden kann (16).

b) Bedeutung für die Beschlussfassung

Die absolute Aktienmehrheit ermöglicht die Beherrschung der Gesellschaft, da die Beschlussfassung grundsätzlich auf dem Prinzip der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen beruht (17). Somit können mit dieser Mehrheit alle Beschlüsse durchgesetzt werden mit Ausnahme derjenigen, für welche gesetzlich oder statutarisch ein qualifiziertes Mehr vorgeschrieben wird.

15) Mit dem Begriff "absolut" ist dabei nicht die Mehrheit im Sinne von Art. 703 OR der abgegebenen oder anwesenden Aktienstimmen an einer Generalversammlung, sondern der überhaupt vorhandenen Aktienstimmen zu verstehen.

16) Vgl. vorne, 19.

17) Allerdings kennt das Mehrheitsprinzip im Aktienrecht auch Grenzen. Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 160 ff.; A. Meier-Hayoz/M. Zweifel, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, Festschrift H. Westermann, Karlsruhe 1974, 383 ff.; Haymann, 31 ff.; BGE 100 II 389.

3. QUALIFIZIERTE AKTIENMEHRHEIT

a) Begriff

Die qualifizierte Aktienmehrheit ist eine Summe von Aktienstimmen, die ausreicht, um auch Beschlüsse mit qualifiziertem Mehr an einer Generalversammlung durchsetzen zu können.

Das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit ergibt sich aus den gesetzlichen oder statutarischen Quorumsbestimmungen.

b) Bedeutung bei der Beschlussfassung

Das Aktienrecht kennt als gesetzliche Quorumsbestimmungen einerseits das Anwesenheitsquorum, welches für das Zustandekommen dieser Beschlüsse die Anwesenheit von mindestens zwei Dritteln sämtlicher Aktien fordert. Andererseits gibt es ein Stimmenquorum, welches für die Beschlussfassung die Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der Aktien des gesamten Grundkapitals vorsieht.

Die Anwesenheit von mindestens zwei Dritteln sämtlicher Aktien wird von Gesetzes wegen verlangt bei Beschlüssen über eine Erweiterung des Geschäftsbereiches im Rahmen des Gesellschaftszweckes durch Aufnahme verwandter Gegenstände, eine Verengung, eine Fusion, die Fortsetzung der Gesellschaft über die in den Statuten bestimmte Zeit hinaus, die Abänderung der Firma oder die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft oder die Auflösung vor dem in den Statuten festgesetzten Termin (18). Weiter gilt diese Quorumsbestimmung noch für Beschlüsse über die Ausgabe von Vorzugsaktien oder über die Abänderung oder die Aufhebung der in den Vorzugsaktien eingeräumten Vorrechte (19) und schliesslich über die Ausgabe von Genussscheinen (20). Von dieser gesetzlichen Quorumsbestimmung für die obgenannten Beschlüsse können

18) Art. 649 Abs. 1 OR.

19) Art. 655 OR.

20) Art. 658 OR.

die Statuten abweichend eine erschwerende oder erleichternde Regelung vorsehen.

Die Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der Aktien des gesamten Grundkapitals wird verlangt bei Beschlüssen über die Umwandlung des Gesellschaftszweckes, die Beseitigung statutarischer Beschränkungen der Beschlussfassung in der Generalversammlung oder die Einführung von Stimmrechtsaktien (21). Diese Quorumsbestimmung gilt ferner bei der Beschlussfassung über die Bestimmung der Statuten über Sacheinlagen, Uebernahme von Vermögenswerten und Gründervorteile (22) sowie über die Ausgabe neuer Aktien (23). Von dieser gesetzlichen Quorumsregelung können die Statuten nur dahingehend abweichen, dass sie eine strengere Vorschrift enthalten.

Die Statuten können darüber hinaus für weitere Beschlüsse erschwerende Vorschriften aufstellen.

Das Bestehen einer qualifizierten Aktienmehrheit bedeutet zudem für die Beschlussfassung, dass keine Sperrminorität die qualifizierten Beschlüsse verhindern kann.

4. ALLEINAKTIONÄR

Sobald sich sämtliche Aktien in der Hand eines Aktionärs befinden, beherrscht er die Gesellschaft zu hundert Prozent. Es liegt in diesen Fällen eine Einmann-AG vor, die eine atypische Erscheinungsform einer Aktiengesellschaft darstellt (24). Sie findet jedoch zivilrechtlich indirekt Anerkennung, indem sie im Gesetz zwar nicht ausdrücklich zugelassen, aber auch nicht ausdrücklich verboten wird (25).

Mit der Vereinigung sämtlicher Aktien in einer hundertprozentigen Beteili-

21) Art. 648 Abs. 1 OR.

22) Art. 636 OR.

23) Art. 650 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 636 OR.

24) Faktisch handelt es sich um eine Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung. Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 308.

25) Art. 625 Abs. 2 OR.

gung wird die Gesellschaft absolut beherrscht. Zudem entfällt jegliche Rücksichtnahme auf Minderheitsbeteiligungen.

III. ENTSTEHUNG DER MEHRHEITSHERRSCHAFT

Wie man dem eingangs erwähnten Begriff entnehmen kann, besteht eine Aktienmehrheit aus mindestens 50 Prozent und einer Aktie sämtlicher Aktien einer Gesellschaft (26). Eine Aktienmehrheit kann aber auch aus 50 Prozent der Stimmrechte und einer Dominanten bestehen. In beiden Fällen liegt eine Aktienstimmrechtsmehrheit vor, aber mit dem Unterschied, dass die Aktienmehrheit mit 50 Prozent der Stimmrechte nicht auch auf einer Kapitalmehrheit beruht.

Das Zustandekommen einer Aktienmehrheit ist also nicht nur von der kapitalmässigen Beteiligung abhängig. Vielmehr können darüber hinaus auch personenbezogene Elemente Einfluss in die Struktur der Aktiengesellschaft finden, indem sich die Stimmkraft nach anderen als den kapitalbezogenen Kriterien richtet.

A. Mehrheitsherrschaft durch Kapitalmehrheit

Grundsätzlich entspricht es dem Wesen der Aktiengesellschaft, dass sich die Mitgliedschaftsrechte nach der kapitalmässigen Beteiligung des Aktionärs bemessen (27). Das Stimmrecht richtet sich demnach nach dem gesamten Nennwert der Aktien, die der einzelne Aktionär besitzt (28).

Ein Aktienpaket, welches also mehr als 50 Prozent sämtlicher Aktien umfasst, ermöglicht somit die Herrschaft über die Gesellschaft. Die Stimmenmehrheit

26) Vgl. dazu vorne, 19.

27) Nach der Höhe der Kapitalanteile bestimmen sich sowohl die Vermögensrechte als auch die Verwaltungsrechte. Vgl. auch vorne, 2.

28) Art. 692 Abs. 1 OR.

ergibt sich in der Regel aus der Kapitalmehrheit, denn mit der Grösse der kapitalmässigen Beteiligung nimmt auch das eingegangene Risiko zu.

B. Mehrheitsherrschaft ohne Kapitalmehrheit durch Ausgabe von Stimmrechtsaktien

Die Statuten können von der gesetzlichen Regelung, nämlich Bemessung der Stimmenmacht nur nach dem Aktiennennwert, abweichen und eine Verstärkung des Stimmrechts vorsehen, wonach auf jede Aktie unabhängig vom Nennwert eine Stimme entfällt (29).

Die sog. unechten Stimmrechtsaktien sind solche mit einem im Vergleich zu den übrigen Aktien kleineren Nennwert, wobei aber ohne Rücksicht auf den unterschiedlichen Nennwert jeder Aktie eine Aktienstimme zukommt (30). Von Gesetzes wegen muss die Stimmrechtsaktie auf den Namen lauten und voll einbezahlt sein (31).

Mit der Ausgabe unechter Stimmrechtsaktien kann also ein Aktionär die Aktienmehrheit erlangen, ohne dass er gleichzeitig auch die Mehrheit des Grundkapitals aufbringt. Auf diese Weise tritt sein Kapitaleinsatz in den Hintergrund und es wird seiner Person mehr Bedeutung beigemessen. Hier besteht somit für die Gesellschaft eine Möglichkeit, von der kapitalbezogenen Struktur abzuweichen und persönliche Elemente zu berücksichtigen.

Für bestimmte Beschlüsse findet allerdings die Bemessung des Stimmrechts nach der Zahl der Aktien keine Anwendung (32). Für gewisse Beschlüsse richtet sich das Stimmrecht nach dem Nennwert der Aktien; so für die Wahl der Kontrollstelle (33), die Ernennung von Sachverständigen (34) und die Beschlussfassung über eine mögliche Verantwortlichkeitsklage (35).

29) Art. 693 OR.

30) Im schweizerischen Recht ist nur die Ausgabe sog. unechter oder verdeckter Stimmrechtsaktien zulässig.

31) Art. 693 Abs. 2 OR.

32) Art. 693 Abs. 3 OR.

33) Art. 727 in Verbindung mit Art. 693 Abs. 3 OR.

34) Art. 731 in Verbindung mit Art. 693 Abs. 3 OR.

35) Art. 752 ff. in Verbindung mit Art. 693 Abs. 3 OR.

C. Mehrheitsherrschaft durch Aktionärbindungsvertrag

Mehrere Aktionäre können vertraglich eine Vereinbarung über die Ausübung der Aktionärsrechte eingehen und, sobald sie zusammen über mehr als die Hälfte der Aktienstimmen verfügen, auf diese Weise die Mehrheitsherrschaft erlangen. Diese sog. Aktionärbindungsverträge können für die Erreichung der verschiedensten Zwecke abgeschlossen werden (36). Gerade wegen dieser gemeinsamen Zweckverfolgung bilden die gebundenen Aktionäre in der Regel eine einfache Gesellschaft (37).

In einem Aktionärbindungsvertrag im Sinne einer Stimmrechtsgemeinschaft legen die gebundenen Aktionäre fest, dass sie sich zur Ausübung ihres persönlichen Stimmrechts zugunsten eines gemeinsamen Stimmrechts verpflichten. Innerhalb des Aktionärkonsortiums wird dann in der Regel aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses festgelegt, in welcher Richtung das gemeinsame Stimmrecht ausgeübt werden soll. Der einzelne Aktionär verzichtet aber grundsätzlich nicht auf seine persönliche Stimmabgabe an der Generalversammlung, sondern er behält sein Stimmrecht. Deshalb können diese Bindungen nicht verhindern, dass sich ein Aktionär nicht an die Stimmrechtsvereinbarung hält. Im Verhältnis zur Gesellschaft ist der gebundene Aktionär frei in der Ausübung seines Stimmrechts. Die Gesellschaft ist nämlich an den Aktionärbindungsverträgen der Parteien nicht beteiligt und somit ergeben sich daraus für die Gesellschaft weder Rechte noch Pflichten irgendwelcher Art (38). Der Aktionär kann also seine Stimme entgegen der vereinbarten Stimmrechtsbindung gültig abgeben, selbst wenn die Gesellschaft oder die übrigen Aktionäre von seiner Vertragsverletzung Kenntnis haben (39). Allerdings macht sich dieser Aktionär, weil er sein Stimmrecht entgegen der Abmachung ausübt, seinem Partner gegenüber aus Vertragsverletzung Schadenersatzpflichtig.

In der Praxis besteht das Bedürfnis, die Erfüllung eines Aktionärbindungsvertrages durch zusätzliche Massnahmen sicherzustellen. Als Sicherungsmassnahmen können die Aktionäre eine Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160

36) Vgl. dazu Haymann, 70 ff.; Glattfelder, 181a ff.

37) Haymann, 69 und dort zit. Literatur.

38) Haymann, 74; SAG 44 (1972), 86.

39) SAG 44 (1972), 86.

OR vereinbaren (40) oder die Aktien in einem Sperrdepot hinterlegen (41). Im Falle der Hinterlegung der Aktien, beispielsweise in einem Tresorfach bei einer Bank, können die Aktionäre festlegen, dass sie nur noch gemeinsam Verfügungsberechtigt sind über die hinterlegten Aktien. Der gebundene Aktionär bleibt aber immer noch Eigentümer der Aktien. Anders wäre es, wenn die Aktionäre die Eigentümerstellung an den Aktien unbeschränkt oder beschränkt auf das Konsortium übertragen würden. Eine solche Eigentumsübertragung hat zur Folge, dass der gebundene Aktionär die Stellung eines Eigentümers an seinen Aktien und damit auch die Aktionärs Eigenschaft verliert (42).

Eine geringere Bindung weisen die sog. Gentlemen's agreements unter den Aktionären auf. Solche Vereinbarungen sind meistens nur von kurzer Dauer und werden beispielsweise für ein gemeinsames Vorgehen an einer bestimmten Generalversammlung abgeschlossen. Obwohl diese Vereinbarungen keine rechtlichen Sanktionen enthalten, erweisen sie sich aufgrund moralischer Verpflichtungen oft ebenso wirksam wie die Aktionärsbindungsverträge (43).

D. Weitere Gründe

Es gibt noch andere Gründe, die einem Aktionär eine Mehrheitsherrschaft verschaffen können. Sie beruhen aber auf Umständen, die oft rein zufälliger Natur sind, und räumen deshalb dem betreffenden Aktionär nur eine faktische Machtstellung ein.

In einer Publikumsgesellschaft kann der Inhaber eines Aktienpaketes, das weniger als 50 Prozent der Aktien umfasst, zum bestimmenden Aktionär werden, wenn zahlreiche Mitaktionäre an der Generalversammlung nicht teilnehmen. Erfahrungsgemäss genügt in der Regel zur Erreichung des Stimmenmehr bei börsenkotierten Aktien eine Beteiligung von der Grösse von 20 - 30 Prozent, bei nichtkotierten Titeln eine solche von 30 - 40 Prozent sämtlicher Ak-

40) Haymann, 119.

41) Haymann, 120; Glattfelder, 324a, 329a.

42) SAG 44 (1972), 87.

43) Glattfelder, 186a.

ten (44). Der Streubesitz der Aktien in einer grossen Gesellschaft erschwert einen Kontakt unter den Aktionären. An einer Generalversammlung braucht es ein Geschäft von einiger Brisanz, bis sich die vielen Kleinaktionäre zu einem gemeinsamen Vorgehen entschliessen. Somit besteht schon für einen grösseren Minderheitsaktionär die Möglichkeit, die Gesellschaft massgebend zu beeinflussen.

Ebenfalls zu einer faktischen Machtstellung führt der Umstand, dass ein Aktionärskonsortium über 51 Prozent der Aktienstimmen verfügt und innerhalb dieses Konsortiums ein Aktionär eine Beteiligung von 26 Prozent der Aktien besitzt. Dieser Aktionär beherrscht via Konsortium die ganze Gesellschaft (45).

IV. DER MEHRHEITSAKTIONÄR

Als Mehrheitsaktionär bezeichnet man denjenigen Aktionär, der durch seine Aktienbeteiligung imstande ist, auf Dauer einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben. In dieser Arbeit wird der Inhaber der Aktienmehrheit als Mehrheitsaktionär bezeichnet.

Dieser Mehrheitsaktionär kann auch als Daueraktionär beschrieben werden, da er sich in der Regel langfristig an der Gesellschaft beteiligt. Sein Interesse liegt in erster Linie darin, die Gesellschaft zu beherrschen, und er wird deshalb versuchen, seinen Aktienanteil zu erhalten und zu vergrössern.

Ein weiteres charakteristisches Merkmal des Mehrheitsaktionärs besteht darin, dass er sich meistens aktiv an der Geschäftsführung der Gesellschaft beteiligt. Deshalb wird der Mehrheitsaktionär oft auch als Unternehmeraktionär bezeichnet. Der Mehrheitsaktionär wird kraft seiner Beteiligung eine leitende Funktion ausüben, indem er beispielsweise als Direktor die Gesellschaft leitet und zudem Verwaltungsratsmitglied ist. In der Praxis ist diese Erscheinungsform der Aktiengesellschaft bei kleineren Gesellschaften, insbesondere bei Familienaktiengesellschaften, häufig anzutreffen.

44) Vgl. dazu Frankenberg, 45.

45) Glattfelder, 166a.

2. TEIL

VERAEUSSERUNG UND BEWERTUNG VON AKTIEN

§ 3 DIE VERÄUSSERUNG

I. BEGRIFF

"Veräußerung" ist ein wirtschaftlicher Begriff und bezeichnet diejenigen Rechtsvorgänge, welche zum Ausscheiden einzelner Vermögensobjekte aus dem Vermögen führen (1).

Unter Veräußerung im weiteren Sinne versteht man das rechtsgeschäftliche Ausscheiden eines Vermögensobjektes aus dem Vermögen eines Individuums (2). Der Eigentümer einer beweglichen Sache oder eines Rechtes überträgt durch diesen Vorgang seine Eigentumsrechte auf einen Dritten. Soweit erfasst die Veräußerung im weiteren Sinne das Ausscheiden des Vermögensobjektes aus dem Vermögen des Veräußerers. Diese Veräußerungsvorgänge umfassen die unentgeltlichen Veräußerungsgeschäfte, wie beispielsweise Erbgang, Erbteilung, Erbvorbezug und Schenkung.

Eine Veräußerung im technischen Sinne findet statt, sobald durch das rechtsgeschäftliche Ausscheiden des Vermögensobjektes ein Umsatz erzielt wird (3). Umsatz bedeutet, dass der Veräußerer durch die Veräußerung ein Entgelt vereinnahmt. Der Veräußerer überträgt also das Eigentum des Vermögensobjektes auf einen Dritten, erhält aber im Gegensatz zur Veräußerung im weiteren Sinne als Gegenleistung ein Entgelt. Diese Gegenleistung des Erwerbers muss nicht notwendigerweise in Geld, sondern sie kann auch in Form

1) Der Begriff "Veräußerung" ist denn auch im Zivilrecht mit Ausnahme der Art. 613 Abs. 2, 712c Abs. 2 und 832 ZGB nicht anzutreffen, sondern vor allem im Gewinnsteuerrecht.

2) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 85.

3) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 85.

einer anderen beliebigen Leistung mit wirtschaftlichem Charakter erfolgen. Veräußerungsgeschäfte im technischen Sinne sind vor allem der Verkauf und das Tauschgeschäft.

II. MERKMALE DER VERÄÜSSERUNG IM RAHMEN DIESER ARBEIT

A. Uebertragung der Aktienmehrheit

Unter Veräußerung in dieser Arbeit ist die Uebertragung der Aktienmehrheit aus dem Vermögen des Veräußerers in dasjenige des Erwerbers zu verstehen (4).

B. Entgeltlichkeit

Im Rahmen dieser Arbeit wird unter Veräußerung nur die entgeltliche, rechtsgeschäftliche Uebertragung der Aktienmehrheit aus dem Vermögen des Veräußerers verstanden. Diese entgeltliche Veräußerung bildet denn auch Anlass zu steuerlichen Erwägungen, nämlich zur Frage, wie der erzielte Gewinn aus diesem Veräußerungsgeschäft im Steuerrecht behandelt wird (5).

4) Zur Uebertragung der Aktien vorne, 7 ff.

5) Vgl. dazu ausführlich hinten, 67 ff.

III. ARTEN

A. Der Verkauf

Der Kauf ist die klassische Form der entgeltlichen Uebertragung der Aktienmehrheit, indem sich der Verkäufer zur Uebergabe der Aktien an den Käufer sowie zur Verschaffung des Eigentums daran verpflichtet, während der Käufer die Zahlung des Kaufpreises an den Verkäufer verspricht (6).

Für den Veräusserer ergibt sich somit die Verpflichtung, dass er dem Käufer die Eigentumsrechte an der Aktienmehrheit zu verschaffen hat. Der wertpapiermässige Aktienkauf umfasst das Mitgliedschaftsrecht und die Urkunde, in welcher dieses Mitgliedschaftsrecht verbrieft ist. Man kann von einem "doppelten" Kaufgegenstand sprechen (7). Rechtlich ergeben sich aber aus der Doppelnatur des Aktienkaufs keine besonderen Probleme, denn der Erwerbswille des Käufers erstreckt sich immer über beide Kaufgegenstände (8).

B. Der Tausch

1. BEGRIFF UND WESEN

Der Tausch bewirkt wie der Verkauf die entgeltliche Uebertragung der Aktienmehrheit. Beim Tausch verpflichten sich die Parteien zur wechselseitigen Uebertragung von Sachen oder Rechten zu Eigentum, wobei jede Vertragspartei mit Bezug auf die von ihr zu liefernde Sache als Verkäuferin und hinsichtlich auf die ihr versprochene dagegen als Käuferin zu behandeln ist (9).

Im Unterschied zum Kauf tritt an die Stelle des geldmässigen Kaufpreises

6) Art. 184 Abs. 1 OR.

7) Vgl. hierzu Baldi, 51 f.; Teitler, 77.

8) Vgl. dazu allerdings die Ausführungen über die Rechtslage bei der Uebertragung vinkulierter Namenaktien, deren Eintrag im Aktienbuch abgelehnt wird; vorne, 10 ff.

9) Art. 237 OR.

die Hingabe einer andern Sache als Gegenleistung des Erwerbers. Diese Gegenleistung besteht meistens ebenfalls aus Aktien, wobei aber auch Wandelobligationen oder Partizipationsscheine angeboten werden können. Es obliegt den Parteien, aufgrund der Bewertung der Aktien oder Aktiensurrogate ein Umtauschverhältnis festzulegen (10). Allerdings ist es durchaus möglich, dass dieses Tauschgeschäft nicht allein auf der Basis des reinen Austausches der Aktien ausgeführt werden kann, sondern dass zusätzlich eine Partei noch ein Aufgeld bezahlen muss. Ein Tauschgeschäft mit Aufzahlung ist eine Art des gemischten Vertrages, welcher den Bestimmungen des Tausches nur solange unterliegt, als das vereinbarte Aufgeld eine nebensächliche Leistung darstellt (11).

In der Praxis werden diese Tauschvorgänge häufig für fusionsähnliche Zusammenschlüsse von Gesellschaften angewendet, indem eine Gesellschaft die Aktienmehrheit erwirbt und als Tauschobjekt eigene Aktien hingibt (12).

2. GEGENLEISTUNG DES ERWERBERS

a) Aktien

Der Veräusserer erhält für die Uebertragung der Aktienmehrheit als Gegenleistung eine entsprechende Anzahl Aktien. Das Austauschverhältnis bestimmt, wie die Aktien ausgetauscht werden. Dieses Verhältnis wird aufgrund der Bewertung der Aktien festgelegt (13). Oftmals ergibt sich aber aus diesen Bewertungsvorgängen ein ungünstiges Umtauschverhältnis. Deshalb wird in der Praxis die Lösung eines einfachen Umtauschverhältnisses verbunden mit Ausgleichszahlungen in bar für den Minderwert, den sog. Spitzenausgleich, angewendet. Der Veräusserer erhält dann für die Aktienmehrheit nicht nur eine bestimmte Anzahl Aktien, sondern darüber hinaus noch einen Barbetrag.

10) Ueber die Bewertungsprobleme hinten, 38 ff.

11) Guhl/Merz/Kummer, 338.

12) Zu den Problemen des Zusammenschlusses von Gesellschaften durch Aktien-tausch näheres bei: Studer, 24, 34 ff.; Weber B., 12 ff.; Boemle, 382 ff.; Gutachten 1970, 40 ff.

13) Vgl. hinten, 38 ff.

Als Erwerberin der Aktienmehrheit mit Aktientausch kommt insbesondere eine Gesellschaft in Frage, die gegen Hingabe eigener Aktien die Aktienmehrheit erwirbt (14). Aber auch die Aktionäre verschiedener Gesellschaften können untereinander die Aktien austauschen.

b) Wandelanleihen

aa) Begriff

Die Wandelobligation ist eine Anleiheobligation, welche dem Inhaber die Befugnis verleiht, während einer bestimmten Zeitdauer oder zu einem bestimmten Zeitpunkt sein Forderungsrecht zu bestimmten Bedingungen in ein Beteiligungsrecht (Aktie oder Partizipationsschein) umzuwandeln (15). Dieses Wandelungsrecht ist ein rechtsänderndes Gestaltungsrecht (16).

bb) Bedeutung der Wandelanleihe für den Tausch

Der Veräusserer schliesst mit der erwerbenden Gesellschaft einen Tauschvertrag ab und erhält als Gegenleistung für die Aktienmehrheit Wandelobligationen in einem bestimmten Austauschverhältnis (17). Der Unterschied zum eigentlichen Aktientausch ist mehr wirtschaftlicher als rechtlicher Art.

14) Einzelheiten über die Vorschriften, welche die Gesellschaft für den bevorstehenden Aktientausch zu beachten hat, wie insbesondere das Erwerbsverbot eigener Aktien (Art. 659 Abs. 1 OR) und das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR). Näheres vgl. Zulauf, 51 ff., 68 ff.; Studer, 56 ff.; Hettlage, SAG 39 (1967), 33 ff.; ders., SAG 43 (1971), 75 ff.; BGE 43 II 293, 60 II 315, 72 II 22, 88 II 103, 96 II 18.

15) Statt vieler Escher, 17 und dort zit. Literatur; Nüscheler, 12.

16) Vgl. auch Kormann, 54 ff., mit der Angabe anderer Theorien; Nüscheler, 34 ff.

17) Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass in der Literatur die Meinungen über das Rechtsverhältnis zwischen Anleiheschuldner und Obligationär umstritten sind. Der Vorgang, in welchem der Obligationär der Gesellschaft einen Geldbetrag zur Verfügung stellt, wird sowohl als Kauf wie auch als Darlehen betrachtet; vgl. hierzu Nüscheler, 12. Geht man davon aus, dass dieses Verhältnis einen Kaufvertrag darstellt, so kann man ohne weiteres den Austausch der Aktien gegen Wandelanleihen als Tausch im Sinne von Art. 237 OR qualifizieren.

Ein entscheidender Vorteil der Wandelanleihe besteht darin, dass sie einen festen Forderungsbetrag enthält. Der Obligationär ist eigentlich "Aktionär" ohne Kursrisiko, der auch an einem allfälligen Wachstum der Gesellschaft anteilmässig teilnehmen kann, da er das Recht hat, die Wandelanleihe in einem ihm günstig scheinenden Zeitpunkt in Aktien umzutauschen. Bei einer Kurssteigerung der Aktien kann zudem ein Kapitalgewinn realisiert werden.

Der Obligationär kann aber auch auf die Wandelung verzichten und damit der späteren Rückzahlung der Anleihe den Vorzug geben. Während dieser Anleihensdauer erhält er einen Zins, der allerdings in der Regel verglichen mit dem durchschnittlichen Zinsniveau eher niedrig ist (18). Im Rückzahlungsanspruch des Anleiheobligationärs zeigt sich ein weiterer Vorteil der Wandelanleihe: der nicht wandelnde Obligationär trägt kein Risiko.

c) Partizipationsscheine

aa) Begriff

Der Partizipationsschein ist ein Beteiligungspapier, welches über eine rein vermögensrechtliche Beteiligung am Kapital der Aktiengesellschaft gegen Entrichtung einer Kapitaleinlage abgegeben wird. Er ist eine Urkunde, welche vermögensmässige Rechte, aber keine Mitverwaltungsrechte, insbesondere kein Stimmrecht, verbrieft (19). Für den Partizipationsschein besteht keine gesetzliche Regelung, weshalb die Bestimmungen über den Genussschein analog angewendet werden (20). Im Unterschied zum Genussschein ist der Partizipationsschein allerdings kein Kapitalersatz-, sondern ein Kapitalbeschaffungsmittel. Auf diese Weise kann sich die Gesellschaft Beteiligungskapital beschaffen, ohne den jeweiligen Anteilsinhabern ein Stimmrecht einräumen zu müssen; somit können die bestehenden Herrschaftsverhältnisse beibehalten werden. Andererseits erwächst der Gesellschaft aus diesem Beteiligungskapital keine Rückzahlungs- und Zinsverpflichtung (21).

18) Dafür räumt die Gesellschaft dem Obligationär das Wandelungsrecht ein.

19) Näheres über die Rechtsnatur des Partizipationsscheines für viele Hoffmann, 92 ff.; Bauer, 174 ff.

20) Art. 657, 658 OR.

21) Vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, 232.

bb) Bedeutung des Partizipationsscheines für den Tausch

Der Tausch der Aktienmehrheit gegen Partizipationsscheine bereitet keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten. Der Veräusserer schliesst mit der erwerbenden Gesellschaft einen Tauschvertrag ab, worin sich der Veräusserer verpflichtet, die Aktienmehrheit gegen Hingabe der entsprechenden Anzahl Partizipationsscheine auszutauschen. Seit einiger Zeit wird der Partizipationsschein von verschiedenen Gesellschaften als Akquisitionsmittel bei Uebernahmen verwendet (22).

22) Boemle, 385; Bauer, 77 ff.

§ 4 BEWERTUNG

I. GRUNDSATZLICHES

Im einschlägigen Schrifttum wird betont, dass die Bewertung von Unternehmungen mit zu den schwierigsten betriebswirtschaftlichen Problemen gehört. Für den Verkauf oder Kauf von Unternehmungen besteht kein transparenter Markt, der durch das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage einen allgemeinen Marktpreis bilden würde. Eine Unternehmung ist ein nicht vertretbares individuelles Gut, welches entsprechend seinem Wesen eine Einmaligkeit darstellt (1). Allenfalls können zwischen Unternehmungen gewisse Gemeinsamkeiten bestehen, gerade wenn sie sich im gleichen Wirtschaftsgebiet betätigen; trotzdem überwiegt der individuelle Charakter jeder Unternehmung. Ein Kaufinteressent möchte eine bestimmte Unternehmung beispielsweise wegen ihrem technischen Know-how oder den Produkten, die sie herstellt, erwerben. Sein Kaufinteresse gilt einzig und allein dieser betreffenden Unternehmung, die als wirtschaftliches Gut eben nur einmal besteht. Sie ist ein nicht vertretbares individuelles Gut, für das kein allgemeiner Marktpreis besteht. Im weiteren besitzt der Markt keine oder nur sehr spärliche Informationen über Unternehmungen und wäre somit gar nicht in der Lage, einen genauen Wert zu bestimmen.

Es obliegt den Parteien, während den Verhandlungen sich auf einen Preis zu einigen. Da der Markt keine Wertangabe über die Unternehmung liefert, müssen die Parteien aufgrund einer sog. Bewertung den Unternehmenswert berechnen (2). Mit diesem Bewertungsvorgang wird der Wert der Unternehmung nach gewissen Bewertungsmethoden ermittelt und das Ergebnis in einer bestimmten Grösse (einem Geldbetrag oder bei einem Tauschverhältnis einer bestimmten Anzahl Aktien) ausgedrückt.

Für die Durchführung einer Unternehmungsbewertung bestehen für die Parteien sehr unterschiedliche Voraussetzungen. Der Veräusserer kann sich jederzeit

1) Viel/Bredt/Renard, 14.

2) Viel/Bredt/Renard, 18.

ein genaues Bild über den Zustand und Wert der Unternehmung verschaffen, da er über alle notwendigen Angaben verfügt. Für den Käufer bestehen hingegen weniger Informationsmöglichkeiten, weil er nur einen beschränkten Einblick in die Geschäftsbücher oder anderen vertraulichen Unterlagen hat. In dieser schwierigen Phase der Kaufverhandlungen wird das Verhandlungsgeschehen der Parteien unter Beweis gestellt. Der Verkäufer kann jedoch nicht ohne weiteres Informationen preisgeben, denn er muss immer damit rechnen, dass die Verhandlungen auch scheitern können. In diesem Fall wären dann vertrauliche Informationen an einen erweiterten Personenkreis bekanntgegeben worden, die eigentlich nur für den unternehmensinternen Gebrauch bestimmt sind. Der Käufer möchte aber nicht einen "Phantasiepreis" für die Unternehmung bzw. Aktienmehrheit bezahlen. Damit er die Preisvorstellung des Veräußerers beurteilen und auch seinerseits einen realistischen Preis berechnen kann, braucht er genügend Einblick in die Unternehmung. Diese heikle Bewertungsaufgabe wird deshalb in der Praxis häufig von einem neutralen Gutachter durchgeführt.

II. GRUNDLAGEN DER UNTERNEHMUNGSBEWERTUNG

A. Bewertungsobjekt

Zunächst stellt sich die Frage nach dem Objekt der Bewertung. Einerseits kann die Unternehmung als technisch organisierte Einheit, andererseits das Aktienpaket bewertet werden. Der Verkäufer veräußert die Aktienmehrheit an den Erwerber, folglich sollte sie als Kaufgegenstand auch das Bewertungsobjekt darstellen. Nun bewirkt die Uebertragung der Aktienmehrheit vor allem einen Wechsel der Verfügungsmacht vom Veräußerer auf den Erwerber. Deshalb hat in der Literatur zu Recht die Ansicht Eingang gefunden, dass bei der Bewertung von Mehrheitsanteilen im Prinzip das gleiche Vorgehen wie im Falle der Bewertung der Unternehmung als Ganzes notwendig sei (3). Bei der Ver-

3) Kolbe, 221 f.; Helbling, Unternehmensbewertung, 407; Viel/Bredt/Renard, 141 f.

äusserung der Aktienmehrheit bleibt dieser Anteil an der Unternehmung grundsätzlich das Objekt der Bewertung, denn der Wert der Unternehmung spiegelt sich im Wert der Aktien wider. Die Grundlage für den Bewertungsvorgang stellt jedoch die Unternehmung als Ganzes dar (4).

B. Bewertungsanlässe

Der Bewertungsanlass ist die eigentliche Ursache für die Durchführung einer Unternehmungsbewertung. Grundsätzlich lassen sich folgende Bewertungsanlässe unterscheiden (5):

- Bewertungsanlässe für die Ermittlung von Entscheidungswerten
 - Kauf bzw. Verkauf ganzer Unternehmungen oder Unternehmungsanteilen
 - Fusion, Entflechtung, Umwandlungen
 - Aufnahme oder Ausscheiden von Gesellschaftern
 - Analyse einer Unternehmung im Hinblick auf Strukturänderungen, z.B. Reorganisation, Sanierung, Liquidation etc.
- Bewertungsanlässe ohne Entscheidungsfreiheit für die Betroffenen
 - Enteignungen, Expropriationen, Nationalisierung etc.
 - gerichtliche oder schiedsgerichtliche Auseinandersetzungen
- Steuerliche Bewertungsanlässe
 - Festsetzung des Vermögenssteuerwertes
 - andere steuerliche Anlässe, z.B. Umwandlungen etc.

4) Vgl. hinten, 61 ff.

5) Aufstellung in Viel/Bredt/Renard, 19 f.; Helbling, 23.

C. Bewertungszweck

Der Zweck der Unternehmungsbewertung besteht darin, dass der Unternehmung in einem bestimmten Zeitpunkt ein Wert zugemessen wird. Nun, was ist unter diesem Begriff "Wert" eigentlich zu verstehen? Im Schrifttum stösst man auf die Unterscheidung zwischen einem objektiven Wert auf der einen und einem subjektiven Wert auf der andern Seite. Der objektive Wert, auch wahrer oder neutraler Wert genannt, zielt auf eine objektbezogene, ohne Berücksichtigung von irgendwelchen subjektiven Erwägungen durchgeführte Bewertung des Objektes ab. Im Unterschied dazu erfasst der subjektive Wert zusätzlich die subjektiven Beweggründe, die von einem Subjekt einem bestimmten Objekt beigemessen werden (6).

Die Ermittlung eines Wertes bestimmt sich grundsätzlich nach der Beziehung zwischen einem Subjekt und dem Bewertungsobjekt. Das Objekt besitzt selber keinen absoluten Wert, sondern erst der Träger der Unternehmung oder eine weitere Interessengruppe messen diesem Objekt einen Wert zu. Auf diese Weise enthält auch der objektive Wert subjektive Erwägungen. Es dürfte deshalb kaum möglich sein, von einem rein objektiven Unternehmungswert zu sprechen. Helbling meint dazu, dass die Diskussionen über "objektiv" und "subjektiv" weitgehend auf Missverständnissen beruhen und an den tatsächlichen Problemen der Unternehmungsbewertung vorbeigehen (7). Für die Kaufpreis- bzw. Verkaufspreisberechnung unterscheidet er zwischen einem sog. Arbitriums- oder Schiedswert einerseits und dem sog. Entscheidungswert anderseits. Dabei ist unter dem Arbitriums- oder Schiedswert ein auf angemessenen betriebswirtschaftlichen Daten erkennbarer Wert der Unternehmung zu verstehen, der zwischen den Argumenten des Käufers und des Verkäufers einen fairen Kompromiss sucht (8). Diese Aufgabe kann beispielsweise von einem neutralen Experten übernommen werden, der den Parteien einen Preisvorschlag ausarbeitet. Der Entscheidungswert hingegen geht ganz auf die subjektiven Interessen der Parteien ein (9). Die Aufgabe dieser subjektiven Unternehmungsbewertung liegt

6) Vgl. auch dazu die Ausführungen bei Viel/Bredt/Renard, 21 f.

7) Helbling, Unternehmungsbewertung, 27.

8) Helbling, Unternehmungsbewertung, 28.

9) Helbling, Unternehmungsbewertung, 30.

darin, die Verhandlungsparteien mit Entscheidungsgrundlagen zu versorgen, die eine rationale Entscheidung über Kauf bzw. Verkauf der Unternehmung ermöglichen. Diese Bewertung berücksichtigt die subjektiven Beweggründe der Parteien und das Bewertungsergebnis kann deshalb erhebliche Unterschiede aufweisen (10). Für den Erwerber gibt dieser Entscheidungswert den Höchstkaufpreis, die sog. Preisobergrenze an. Umgekehrt für den Veräußerer bedeutet dieser Wert den Mindestverkaufspreis, die sog. Preisuntergrenze (11). Der Verkaufspreis für die Unternehmung oder für Unternehmungsanteile liegt zwischen diesen beiden Preisgrenzen.

III. BEWERTUNGSFAKTOREN EINER UNTERNEHMUNG

Für eine Unternehmungsbewertung lassen sich folgende Berechnungsgrundlagen und Bewertungsmethoden anführen:

- Berechnungsgrundlagen
 - Bilanzwert
 - Substanzwert
 - Ertragswert
 - Liquidationswert
- Bewertungsmethoden
 - reine Ertragswertmethode
 - Kombination aus Ertrags- und Substanzwert, die sog. Mittelwert- oder Praktikermethode
 - Goodwillrentenmethode von Viel/Bredt/Renard

In der betriebswirtschaftlichen Lehre findet sich eine Vielzahl von weiteren Vorschlägen für die Berechnung des Unternehmungswertes. In den folgenden Ausführungen werden nur die in der Praxis gebräuchlichsten Methoden, nämlich die Ertragswertmethode, die Mittelwert- und die Goodwillrentenmethode behandelt.

10) Vgl. hinten, 64 ff.

11) Helbling, Unternehmungsbewertung, 32 f.

A. Berechnungsgrundlagen

1. BILANZWERT

Der Bilanzwert einer Unternehmung ergibt sich aus der Differenz zwischen der Summe der einzelnen in der Bilanz ausgewiesenen Aktiven einerseits und den Schulden anderseits. Der Gesamtwert einer Unternehmung ist aber in der Regel höher als der Bilanzwert, weil sowohl die bisherigen und zukünftigen Erträge der Unternehmung als auch die immateriellen Wirtschaftsgüter, der sog. Goodwill, wie Ruf der Unternehmung, Wert der Kundschaft, Geschäftsbeziehung, weder in der Handels- noch in der Geschäftsbilanz enthalten sind (12). Der Goodwill kann aber einen wesentlichen Anteil am Gesamtwert der Unternehmung ausmachen und muss deshalb in die Bewertung einbezogen werden. Im weitem gewähren die gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften (13) den Unternehmungen einen Spielraum, durch eigene Bewertungsrichtlinien die Bilanz beeinflussen zu können. Der Betrachter braucht eine Fülle von weiteren Informationen, damit die Zahlen in der Bilanz eine Aussagekraft erhalten. Er müsste auch die Jahresabschlüsse mehrerer Jahre vergleichen und analysieren, damit er sich aus der wirtschaftlichen Entwicklung ein Bild über den Zustand der Unternehmung machen kann. Aus diesen Überlegungen kommt der Bilanzwert für die Unternehmungsbewertung kaum in Frage.

2. SUBSTANZWERT

a) Begriff

In vielen Bewertungsgutachten findet man die Berechnung des Substanzwertes der Unternehmung. Dieser Substanzwert entspricht der Summe der einzelnen Teilwerte des Umlaufs- und Anlagevermögens in der Bilanz (14). Die Vermö-

12) Albisetti/Bodmer/Boemle/Gsell/Rutschi, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 3. Aufl., Thun 1977, 580; vgl. auch Helbling, Unternehmungsbewertung, 24.

13) Art. 662 ff. OR. Vgl. auch hinten, 52 ff.

14) Blumer/Graf, 261; Viel/Bredt/Renard, 25 ff.

gensobjekte werden in der Höhe der sog. Reproduktions- oder Wiederbeschaffungswerte, also nach denjenigen Kosten, die für die Erstellung eines Betriebes gleicher technischer Leistungsfähigkeit wie die zu bewertende Unternehmung entstehen würden, und nicht nach den sog. Anschaffungs- oder Herstellungskosten berücksichtigt (15). Für den Erwerber stellt sich nämlich alternativ zu seiner Kaufabsicht die Frage, welche Kosten entstehen würden, wenn er einen Betrieb mit der gleichen Leistungsfähigkeit errichten würde (16). Somit liegt der Substanzbewertung die Annahme zugrunde, dass die Unternehmung weitergeführt wird. Man spricht deshalb auch vom sog. Fortführungswert der Unternehmung (17). Wird nämlich die Unternehmung nicht mehr weitergeführt, dann dürfte der Substanzwert dem Liquidationserlös der Unternehmung entsprechen (18). Eine Bewertung der Unternehmung zum Liquidationswert wird ebenfalls vorgenommen, wenn der Ertrag der Unternehmung aus der zu Fortführungswerten berechneten Substanz einer ungenügenden Rendite entspricht (19).

Für die Berechnung des Substanzwertes werden nicht alle Vermögensteile der Unternehmung zu Reproduktionswerten bewertet. Vielmehr ist eine Aufteilung des Vermögens in das sog. betriebsnotwendige Vermögen und in das sog. nicht betriebsnotwendige Vermögen vorzunehmen (20). Das betriebsnotwendige Vermögen ist zur Erzielung des Unternehmensertrages notwendig und wird deshalb zum Reproduktionswert bewertet (21). Hingegen wird das nicht betriebsnotwendige Vermögen, also betriebsfremde und nicht betriebsfähige Vermögenswerte wie allenfalls Wertschriften, Beteiligungen, Immobilien, in der

15) Blumer/Graf, 262; Viel/Bredt/Renard, 30; Helbling, Unternehmungsbewertung, 46, 113; Käfer, Substanz, 330 ff.

16) Helbling, Unternehmungsbewertung, 46.

17) Helbling, Unternehmungsbewertung, 115.

18) Vgl. auch Bankmann, 15. Ueber den Liquidationswert hinten, 48 f.

19) Helbling, Unternehmungsbewertung, 115.

20) Näheres über die Aufteilung in betriebsnotwendiges und nicht betriebsnotwendiges Vermögen in Helbling, Unternehmungsbewertung, 128 ff.; Käfer, Substanz, 325.

21) Helbling, Unternehmungsbewertung, 115 ff.; Blumer/Graf, 264; Münstermann, 97 f.; Käfer, Substanz, 330 ff. Vom Reproduktionswert eines Vermögensobjektes können noch die wirtschaftlich bedingten Abschreibungen abgezogen werden, so dass man den sog. Reproduktionszeitwert erhält. Vgl. dazu Helbling, Unternehmungsbewertung, 115.

Berechnung des Substanzwertes nicht zu Reproduktionswerten, sondern zum Liquidationswert bewertet (22).

Das nicht bilanzfähige immaterielle Vermögen, das einen Bestandteil des Goodwill bildet, gehört ebenfalls zum Gesamtwert einer Unternehmung (23). In der Literatur werden diese immateriellen Vermögenswerte sehr unterschiedlich behandelt, so dass zwischen einem Vollsubstanzwert, der diesen substanzverbundenen Goodwill enthält, und einem Teilsubstanzwert zu unterscheiden ist. In neuster Zeit wird die Meinung vertreten, dass auch die immateriellen Werte im Substanzwert einer Unternehmung einzubeziehen sind (24). In dieser Arbeit wird unter dem Substanzwert immer der Vollsubstanzwert verstanden.

b) Bedeutung für die Unternehmungsbewertung

Welche Bedeutung der Substanzwert in der Unternehmungsbewertung einnimmt, hängt ganz von der konkreten Situation des Einzelfalles ab (25). Der Substanzwert ist jedoch nie die alleinige Bewertungsgrundlage für die Berechnung des Gesamtwertes der Unternehmung. Die meisten Bewertungsgutachten führen diesen Wert als einen der möglichen Wertmassstäbe der Unternehmung an. Seit einiger Zeit ist in der Bewertungspraxis nämlich die Tendenz unverkennbar, dass die Bedeutung des Substanzwertes abnimmt. Gerade bei Bewertungsanlässen, wie Kauf oder Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung, lässt sich die geringe Bedeutung einleuchtend begründen. Der potentielle Käufer erwirbt grundsätzlich die Mehrheitsbeteiligung mit der Absicht, die Unternehmung zu beherrschen. Sein Kaufinteresse gilt vor allem der wirtschaftlichen Tätigkeit der Unternehmung wie ihren Produkten, Patenten, Forschungsabteilungen etc., deren Wert aber hauptsächlich im Ertrags- und nicht im Sub-

22) Helbling, Unternehmungsbewertung, 47, 129 ff.; Viel/Bredt/Renard, 31; Blumer/Graf, 264.

23) Helbling, Unternehmungsbewertung, 132 ff.

24) Helbling, Unternehmungsbewertung, 132; Viel/Bredt/Renard, 31 ff.; Käfer, Substanz, 334 ff.

25) Vgl. hierzu den Ueberblick der Funktionen des Substanzwertes in der Literatur und Bewertungspraxis bei Helbling, Unternehmungsbewertung, 108, Darstellung 15.

stanzwert zum Ausdruck kommt (26). Hohe Vermögenswerte wie namentlich Anlagen oder Immobilien etc. sind u.U. für den Erwerber gar nicht interessant, da er für diese Werte einen grossen Kapitalbetrag aufbringen muss. Auf diese Weise würde er sein verfügbares Kapital in Sachwerten blockieren und wäre in Zukunft für seine weiteren unternehmerischen Investitionen oder Akquisitionen behindert.

Für den Veräusserer stellen die in diese Vermögensobjekte der Unternehmung investierten Mittel, die er allerdings im Laufe der Zeit leistungsproportional abgeschrieben hat, einen Vermögenswert dar, den er anlässlich der Veräusserung der Unternehmung bzw. der Aktienmehrheit wieder einbringen möchte. Besitzt eine Unternehmung beispielsweise bedeutende Immobilienwerte, dann lässt sich dieser Interessengegensatz zwischen Veräusserer und Erwerber leicht lösen, indem das Betriebsvermögen aus dem Gesamtvermögen der Unternehmung ausgeschieden wird. Der Veräusserer gründet mit diesen Vermögensobjekten eine neue Betriebsaktiengesellschaft und lässt die Immobilien in der ursprünglichen Gesellschaft (27). Anschliessend veräussert er die Aktien der Betriebsgesellschaft.

Die hauptsächliche Funktion des Substanzwertes dürfte in der Kombination mit dem Ertragswert liegen (28). Der Substanzwert kann allerdings dann eine wichtige Grösse darstellen, wenn der Käufer eine Neuinvestition dem möglichen Erwerb der Unternehmung gegenüberstellt (29). Auf diese Weise kann der Erwerber alternativ feststellen, welches Vorgehen für ihn vorteilhafter ist.

Eine wichtige, wenn nicht entscheidende Rolle spielt der Substanzwert bei der Bewertung einer Immobiliengesellschaft. Die Substanz einer Immobiliengesellschaft besteht aus beträchtlichen Immobilienwerten, die weit über eine Normalsubstanz hinausgeht. Für die Bewertung von Immobiliengesellschaften stellt deshalb der Substanzwert die massgebende Grundlage für den Gesamtwert dar.

26) Einzelheiten hinten, 47 f.

27) Die Uebertragung der Immobilienwerte in die neue Gesellschaft ist aus steuerlichen Gründen wenig sinnvoll, denn sie hat die Grundstückgewinn- und Handänderungssteuerpflicht zur Folge. Vgl. hinten, 151 ff.

28) Vgl. hinten, 50 f.

29) Helbling, Unternehmungsbewertung, 113.

3. ERTRAGSWERT

a) Begriff

Diese Berechnungsgrundlage richtet sich nach dem Erfolg der Unternehmung. Zur Ermittlung des Ertragswertes werden die zukünftigen Unternehmungserträge zu einem bestimmten, marktüblichen Zinsfuß kapitalisiert (30). Bei dieser Berechnungsart stehen also die zukünftigen Erträge im Vordergrund. Dies entspricht den tatsächlichen Begebenheiten, denn der Veräusserer gibt nicht die Werte hin, welche die Unternehmung erwirtschaftet hat, sondern die in Zukunft zu erwartenden Gewinne. Diese Erfolgsaussichten, wie beispielsweise die Absatzchancen eines Produktes, sind sicher ausschlaggebend für die Kaufabsicht des Erwerbers. Eine Unternehmung, die keinen Ertrag mehr erzielt oder für die Zukunft keine Erfolgschancen mehr besitzt, kann nur noch zum Liquidationswert veräußert werden (31). Für Mellerowicz, den Begründer der reinen Ertragswerttheorie, stellt der Ertragswert der einzige und endgültige Wert der Unternehmung dar, und er misst dem Substanzwert nicht viel mehr als die Funktion eines Hilfwertes zu (32). In der Praxis wird heute der Ertragswert als massgebender Unternehmungswert angesehen.

b) Berechnung

Für die Berechnung des Ertragswertes einer Unternehmung wird der Zukunftsertrag eines Jahres oder der durchschnittliche Zukunftsertrag mehrerer Jahre mit einem bestimmten Zinsfuß kapitalisiert (33). Der nachhaltig erzielbare Erfolg lässt sich nicht nach objektiv berechenbaren oder gar vorhandenen Werten feststellen, sondern nur aufgrund von hypothetischen Annahmen. Sie

30) Blumer/Graf, 265; Helbling, Unternehmungsbewertung, 57, 227 ff.; Käfer, Substanz, 304 ff.

31) Vgl. hinten, 48.

32) Mellerowicz, 18 f., 45 ff. Einzelheiten über die Ertragswertmethode hinten, 49 f.

33) Nach Blumer/Graf, 265, lautet die Kapitalisierungsformel:

$$\text{Ertragswert} = \frac{\text{Ertrag} \times 100}{\text{Kapitalisierungszinsfuß}}$$

können gestützt auf eine Marktanalyse über die zukünftigen Entwicklungsmöglichkeiten der Unternehmung oder anhand der erzielten Gewinne der letzten drei bis fünf Jahre, die eine gewisse Tendenz aufzeigen, vorgenommen werden. Die Bewertung dieser zukünftigen Erfolgsgrösse wird auf subjektiven Ueberlegungen beruhen, denn der Erwerber wird diese Ertragsgrösse im gesamten unternehmerischen Zielerreichungsprozess betrachten (34).

Dieser durchschnittliche Ertrag wird dann mit dem landesüblichen Zinsfuss kapitalisiert (35). Durch diesen Kapitalisierungszinsfuss wird diejenige Verzinsung berechnet, die aus dem Bewertungsobjekt als künftige Mindestrendite erzielt werden sollte (36).

4. LIQUIDATIONSWERT

Der Liquidationswert stellt eine Sonderform des Substanzwertes dar. Wie bereits ausgeführt wurde, berechnet man den Substanzwert unter der Annahme, dass die Unternehmung weitergeführt wird (37). Im Gegensatz dazu berechnet sich der Liquidationswert aus den Erlöswerten, die im Falle einer Auflösung der Gesellschaft aus dem Verkauf der Vermögensgegenstände nach Begleichung der Schulden erzielt werden (38).

In der Bewertungspraxis kommt dieser Wert als selbständiger Unternehmungswert bei unrentablen Unternehmungen in Betracht (39). Wie rentabel bzw. unrentabel die zu bewertende Unternehmung ist, ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen dem Substanzwert und dem daraus erzielten Ertrag. Ergibt sich eine negative Rendite, weil der Ertragswert den Substanzwert unterschreitet, dann hat die Bewertung nach dem Liquidationswert zu erfolgen (40). Der

34) Weber B., 137.

35) Näheres über den Kapitalisierungszinsfuss bei Helbling, Unternehmungsbewertung, 50, 301 ff.; Viel/Bredt/Renard, 97, 121 ff.; Blumer/Graf, 267.

36) Münstermann, 65.

37) Vgl. vorne, 44 f.

38) Art. 660 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 745 OR.

39) Maus, 387; Helbling, Unternehmungsbewertung, 115.

40) Helbling, Unternehmungsbewertung, 115; Maus, 387.

Liquidationswert bildet somit der tiefste Wert, der für die Untergrenze einer Unternehmung berechnet werden kann (41).

B. Bewertungsmethoden

1. REINE ERTRAGSWERTMETHODE

Die reine Ertragswertmethode ermittelt den Gesamtwert der Unternehmung aus dem kapitalisierten Zukunftsertrag (42). Was über die Berechnung des Ertragswertes der Unternehmung bereits gesagt wurde, gilt natürlich auch für diese Methode (43). Für Mellerowicz, den Begründer dieser Bewertungsmethode, stellt der Ertragswert die einzig richtige Wertangabe für eine Unternehmung dar. Er sieht den Wert der Unternehmung als Differenz der beiden Ströme Ertrag und Aufwand, die auf einen bestimmten Stichtag diskontiert wird (44). Diese Ertragsmethode berücksichtigt somit den Substanzwert einer Unternehmung nicht, denn die Substanz gilt, soweit es sich um eine Normalsubstanz handelt, als die notwendige Voraussetzung für den Ertrag. Deshalb sind Unternehmungen, die keinen Ertrag abwerfen, auch nach dieser Bewertungsmethode höchstens zum Liquidationswert zu bewerten (45).

In der Literatur sprechen sich viele Autoren für die Ertragswertmethode als die richtige Methode für die Unternehmungsbewertung aus (46). In der Praxis hingegen wird sie noch nicht mehrheitlich angewendet, wobei ihre Bedeutung jedoch im Zunehmen begriffen ist (47).

41) Helbling, Unternehmungsbewertung, 118; Blumer/Graf, 264.

42) Mellerowicz, 49 ff.; Helbling, Unternehmungsbewertung, 59; Viel/Bredt/Renard, 49.

43) Vgl. vorne, 47 f.

44) Mellerowicz, 19.

45) Vgl. vorne, 44, 48.

46) Helbling, Unternehmungsbewertung, 60.

47) Helbling, Unternehmungsbewertung, 93.

2. MITTELWERT- ODER PRAKTIKERMETHODE

Nach der Mittelwertmethode berechnet sich der Gesamtwert der Unternehmung aus dem Mittel zwischen Substanz- und Ertragswert (48). Entsprechend der Ertragslage der Unternehmung kann der Ertragswert stärker gewichtet werden (49). In der Praxis wird nämlich oft die Formel angewendet, dass der Unternehmungswert aus dem Durchschnitt zwischen dem doppelten Ertragswert und dem einfachen Substanzwert ermittelt wird (50). Ist der Ertragswert jedoch kleiner als der Substanzwert, dann ist nach der Mittelwertmethode allein der Ertragswert massgebend (51).

Die Verfechter dieser einfachen und praktischen Methode führen an, dass der Substanzwert ebenfalls ein Bestandteil des Gesamtwertes darstelle, weil nämlich ohne "Substanz" kein Ertrag erzielt werden kann. Die Erfolge sind es, die der Substanz ihren Wert verleihen und insofern ist auch der Substanzwert ein Ertragswert (52). Käfer beispielsweise begründet dieses Vorgehen damit, dass zwischen Substanz- und Ertragswert einer Unternehmung engste Zusammenhänge bestehen, nämlich "Substanz ist Vorrat an Ertrag, Ertrag ist strömende Substanz" (53). Auch Bankmann ist der Ansicht, dass der Substanz- und Ertragswert einer Unternehmung selbständig zu ermitteln sind, da eben doch beide Werte trotz ihrer völlig verschiedenen Grundlagen für den Gesamtwert von Bedeutung seien (54). Und sogar Mellerowicz räumt ein, dass vom Standpunkt der Praxis aus dieser Mittelwerttheorie zugestimmt werden müsse, da sie im Rahmen des praktisch Möglichen bleibe (55).

Dieser Beurteilung des Substanzwertes für die Unternehmungsbewertung kann zugestimmt werden. In den Bewertungsgutachten wird deshalb meistens der

48) Schmalenbach, 62 ff.; Helbling, Unternehmungsbewertung, 64 ff.; Blumer/Graf, 268 f.

49) Vgl. auch Schmalenbach, 62 ff.; Helbling, Unternehmungsbewertung, 65.

50) Helbling, Unternehmungsbewertung, 65. Die eidgenössische Steuerverwaltung berechnet nach dieser Formel den Unternehmungswert (Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, RZ 45, Ausgabe 1977).

51) Schmalenbach, 67; Helbling, Unternehmungsbewertung, 65.

52) Viel/Bredt/Renard, 39; Käfer, Substanz, 350.

53) Käfer, Substanz, 346.

54) Bankmann, 9.

55) Mellerowicz, 148.

Substanzwert ermittelt. Hingegen lässt sich nicht in einer allgemein gültigen Formel bestimmen, in welchem Verhältnis Substanz- und Ertragswert zu berücksichtigen sind. Diese Frage hängt von der zu bewertenden Unternehmung ab. Diese Mittelwertmethode ist auch dank ihrer Einfachheit in der Praxis noch häufig anzutreffen.

B. Goodwillrentenmethode

Eine Kommission der Union Européenne des Experts Comptables, Economiques et Financiers (UEC) hat einen anderen Vorschlag für die Unternehmungsbewertung ausgearbeitet (56). Im Unterschied zu den andern Methoden geht dieses Bewertungsverfahren davon aus, dass der Verkäufer auch den Mehrwert, der den investierten Gütern nach Massgabe ihres Nutzens innewohnt, realisieren kann (57). Dieser sog. Uebergewinn berechnet sich aus der Differenz zwischen dem effektiv erzielten Ertrag und dem normalen Ertrag, wie er sich aus der ordentlichen Verzinsung des Substanzwertes der Unternehmung ergeben würde (58). Der Gesamtwert ergibt sich aus dem, zu einem etwas höheren Zinssatz als dem marktüblichen Zins, kapitalisierten Uebergewinn (59).

In diesem Bewertungsverfahren wird ebenfalls der Goodwillabschreibung Rechnung getragen, indem der kapitalisierte Uebergewinn für eine begrenzte Dauer berücksichtigt wird. Man geht davon aus, dass sich der Goodwill ständig verringert, wenn er nicht immer wieder durch entsprechende Leistungen der Unternehmung erneuert wird. Somit nimmt nach dem Verkauf der Unternehmung der vom Verkäufer geschaffene Goodwill mit der Zeit ständig ab und es liegt am Käufer, einen neuen aufzubauen (60). Nach Ansicht der Kommission der UEC hat die Abschreibung bei hauptsächlich subjektgebundenem Goodwill auf drei

56) Diese Kommission bestand aus den Herren Jakob Viel, Zürich, Otto Bredt, Hannover, und Maurice Renard, Paris.

57) Viel/Bredt/Renard, 62.

58) Näheres hierzu die Ausführungen bei Viel/Bredt/Renard, 48 ff., 62 ff.; Helbling, Unternehmungsbewertung, 66 ff.

59) Viel/Bredt/Renard, 61 f.

60) Viel/Bredt/Renard, 50.

bis fünf Jahre, bei objektgebundenem Goodwill auf fünf bis acht Jahre zu erfolgen (61).

IV. BEWERTUNG EINER AKTIENMEHRHEIT

A. Allgemeines

Für die Bewertung einer Aktienmehrheit ergeben sich grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten. Einmal könnte der Veräußerer auf den Bilanzwert seiner Aktienbeteiligung abstellen. Das Aktienrecht stellt gewisse Vorschriften auf, wie die Wertschriften zu bilanzieren sind. Als weiterer Anhaltspunkt könnten auch die steuerlichen Bewertungsgrundsätze für die Vermögenssteuer herangezogen werden. Es sei schon hier vorweggenommen, dass die Berechnung des Wertes für eine Aktienmehrheit im Falle einer Veräußerung kaum nach diesen Richtlinien vorgenommen wird. Die Bewertung einer Aktienmehrheit hat nach betriebswirtschaftlichen Bewertungsgrundsätzen zu erfolgen.

B. Bewertung einer Aktienmehrheit zum Bilanzwert

1. ALLGEMEINE BILANZIERUNGSGRUNDSÄTZE

Der allgemeine Bilanzierungsgrundsatz in Art. 860 Abs. 2 OR verlangt, dass die Wertansätze der einzelnen Aktiven höchstens mit dem Betrag anzusetzen sind, der ihnen im Zeitpunkt der Errichtung der Bilanz für die Unternehmung effektiv zukommt. Für die Bilanzierung gelten die im folgenden aufgeführten Grundsätze.

61) Viel/Bredt/Renard, 55.

a) Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit

Der Grundsatz der Bilanzwahrheit verlangt in formeller Hinsicht die vollständige Aufzählung aller Aktiven und Passiven. Im materiellen Sinne sind die einzelnen Posten nach den gesetzlichen Vorschriften und den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen zu bewerten (62).

Der Grundsatz der Bilanzklarheit fordert eine klare, wahrheitsgetreue Bezeichnung der Bilanzposten (63).

b) Niederstwertprinzip

Dieser Grundsatz verlangt, dass bei der Bilanzierung der Aktiven von mehreren, für die Bewertung möglichen Ansätzen, stets der tiefste, und bei der Bewertung von Verbindlichkeiten stets der höchste Wert zu wählen ist (64). Wenn also z.B. der Börsenkurs einer Aktie unter den Kostenpreis gefallen ist, gilt der Börsenkurs als Wertansatz.

c) Realisations- und Imparitätsprinzip

Nach dem sog. Realisationsprinzip dürfen Gewinne erst dann in der Bilanz berücksichtigt werden, wenn sie beispielsweise durch Verkauf realisiert worden sind (65). Dagegen sind mögliche Verluste, z.B. liegt der Marktpreis am Bilanztag tiefer als der Anschaffungs- oder Herstellungswert, nach dem sog. Imparitätsprinzip als nichtrealisierte Verluste auszuweisen (66).

62) Blumer/Graf, 73.

63) Blumer/Graf, 74.

64) Blumer/Graf, 102.

65) Blumer/Graf, 102.

66) Blumer/Graf, 102.

2. BEWERTUNGSVORSCHRIFTEN

Das Gesetz teilt die Bewertungsregeln der Aktien einer Gesellschaft getreu der Unterscheidung der Aktivposten der Bilanz in dauernde Anlagen und in Umlaufvermögen (67). Zum Anlagevermögen gehören Vermögensobjekte, die kaum weiterveräussert werden, wie Grundstücke, Gebäude, Maschinen, Transportmittel, Mobiliar, aber auch Rechte, Konzessionen, Patente, Lizenzen und Marken (68). Diese Aktiven sind höchstens zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu bilanzieren, einschliesslich angemessener Abschreibungen (69).

Für die Bewertung des Umlaufvermögens sind die Anschaffungskosten, die Herstellungskosten und der am Bilanztag allgemeingültige Börsen- oder Marktpreis zu berücksichtigen (70). In Art. 666 Abs. 2 OR wird der vorgeschriebene Höchstwert mit dem Niederstwertprinzip verbunden, indem nämlich zwischen dem Anschaffungs- oder Herstellungswert einerseits und dem Börsen- oder Marktpreis anderseits nach dem niedrigeren der beiden Werte zu bilanzieren ist. Bei sinkenden Preisen wird der Unternehmer gezwungen, die nichtrealisierten Verluste nach dem Imparitätsprinzip in der Bilanz auszuweisen. Diese Bewertungsregeln stellen eindeutige Höchstbewertungsvorschriften dar, die nicht über-, wohl aber unterschritten werden dürfen.

3. BEWERTUNG VON WERTPAPIEREN UND BETEILIGUNGEN

Im Unterschied zu den allgemeinen Bewertungsgrundsätzen wird für Wertpapiere keine gesetzliche Einteilung nach Anlage- und Umlaufvermögen vorgenommen. Die Wertpapiere werden unabhängig von ihrem kurz- oder langfristigen Anlagecharakter grundsätzlich dem Umlaufvermögen zugeordnet. Die besonderen Vorschriften für die Bewertung von Wertpapieren in Art. 667 OR und auch diejenigen in Art. 686 Abs. 4 OR legen fest, dass Papiere mit Kurswert höchstens zu demjenigen Börsenkurs, den sie durchschnittlich im letzten Monat

67) Art. 665 OR.

68) Art. 664 ff. OR.

69) Blumer/Graf, 108.

70) Art. 665 OR. Vgl. auch Blumer/Graf, 143.

vor dem Bilanztag gehabt haben, und solche ohne Kurswert höchstens zum Kostenpreis unter Berücksichtigung der laufenden Erträge, zu bilanzieren sind. Auch hier werden vom Gesetz keine festen Wertansätze vorgeschrieben, sondern lediglich Höchstgrenzen angegeben, die nach dem Niederstwertprinzip, nicht zuletzt auch zum Schutze der Gläubiger, aber unterschritten werden dürfen. Diese gesetzlichen Bewertungsvorschriften stellen einzig und allein auf das Vorliegen einer Kursnotiz und nicht auf die Anlagedauer ab. Somit gelten in handelsrechtlicher, wie übrigens auch in steuerrechtlicher Hinsicht, nicht für alle Wertpapiere die gleichen Bewertungsvorschriften.

Im übrigen geht der Begriff "Papier" in Art. 667 OR weiter als die in Art. 965 OR angegebene Legaldefinition des Wertpapiers und umfasst neben Aktien, Obligationen, Renten, Genussscheinen, Gründeranteilen, Schuldbriefen und Gülden auch noch die Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften (71).

a) Aktien mit Kurswert

Alle Papiere mit Kurswert sind höchstens zum Kurse, den sie durchschnittlich im letzten Monat vor dem Bilanztag gehabt haben, zu bewerten (72). Dieser Monatsdurchschnittskurs stellt im handelsrechtlichen Sinne eine Bewertungsobergrenze dar, die unter-, aber auf keinen Fall überschritten werden darf; umgekehrt im Steuerrecht eine Bewertungsgrenze, die nicht unterschritten werden darf. Eine Möglichkeit der gesetzlich sanktionierten Aufwertung besteht allerdings, wenn nämlich der Durchschnittskurs den Anfangskurs übersteigt, wobei als steuerliche Konsequenz dieser Aufwertungsgewinn steuerpflichtiger Reingewinn darstellt (73). Dadurch wird der das Bilanzrecht beherrschende Realisationsgrundsatz durchbrochen (74). In der Praxis wird von dieser Möglichkeit kaum Gebrauch gemacht, weil die Unternehmungen die Wertschriften entsprechend dem Niederstwertprinzip sowie auch der steuerlichen Folgen wegen nie über den Anschaffungskurs hinaus bewerten (75).

71) Blumer/Graf, 161.

72) Art. 667 Abs. 1 OR.

73) Vgl. hinten, 103.

74) Vgl. vorne, 53.

75) Gotsmich, 59; Blumer/Graf, 161 ff.

b) Aktien ohne Kurswert

Die Wertpapiere ohne Kurswert sind nach Art. 667 Abs. 2 OR höchstens zum Kostenpreis unter Berücksichtigung der laufenden Erträge zu bewerten, und allfälligen Wertverminderungen ist Rechnung zu tragen. Diese Vorschrift ist dahingehend auszulegen, dass die Anschaffungskosten die Bewertungsobergrenze darstellen und folglich später eintretende Wertsteigerungen unberücksichtigt bleiben. Somit ist es im Gegensatz zu den börsengängigen Wertpapieren nicht gestattet, den Wertansatz an den über den Anschaffungskosten liegenden durchschnittlichen Verkehrswert anzupassen. Nach herrschender Auffassung kann aber die erwähnte Vorschrift dahin ausgelegt werden, dass für die Bestimmung des höchstzulässigen Bilanzwertes neben dem Anschaffungswert auch der Ertragswert der Aktien berücksichtigt werden kann (76). Dies hat in der Praxis dazu geführt, unter bestimmten Voraussetzungen Wertsteigerungen zu berücksichtigen. Die Ursache für diese Bewertungspraxis liegt auch in der Bewertungsvorschrift des Bundes für die Vermögensbesteuerung von Wertschriften, nach der die Steuerwerte über den Anschaffungskosten zu liegen kommen (77).

c) Beteiligungen

Im Schrifttum gehen die Meinungen darüber auseinander, ob Beteiligungen in Form von Aktien nach den Bewertungsgrundsätzen der Wertpapiere nach Art. 667 OR oder nach denjenigen der dauernden Anlagen gemäss Art. 665 OR zu bewerten seien. Die Schaffung einer besonderen Bewertungsnorm für Beteiligungen scheiterte innerhalb der Expertenkommission für das revidierte OR im Jahre 1936 zum Bedauern vieler vor allem auch an der Schwierigkeit der Definition des Beteiligungsbegriffes (78).

76) Blumer/Graf, 168.

77) Vgl. hinten, 58 ff.

78) Der Bundesrat hat schon verschiedene Male aufgrund des Art. 5 der Schluss- und Uebergangsbestimmungen zum OR Bundesratsbeschlüsse über die Bewertung von dauernden Beteiligungen, Forderungen und Anlagen erlassen (letztmals 8. Februar 1946). Dieser mehrmals verlängerte Bundesratsbeschluss trat 1954 ausser Kraft.

Während einzelne Aktientitel öfters den Inhaber wechseln und mehr der kurzfristigen Kapitalanlage dienen, werden Beteiligungen in der Regel auf dauernde oder mindestens langfristige Nutzung angelegt. Deshalb wären sie nach diesem wirtschaftlichen Zweck eher dem Anlagevermögen zuzuordnen und auch entsprechend zu bewerten (79). Unbestritten ist diese Ansicht für dauernde Beteiligungen, welche nicht in Wertpapieren verurkundet sind, sondern bloss Kommanditen, GmbH- und Genossenschaftsanteile darstellen (80). Sie werden dem Anlagevermögen zugeteilt und nach den entsprechenden Vorschriften bewertet (81).

Allein die Marginale "Wertpapier" in Art. 667 OR sagt nichts darüber aus, ob darunter Papiere mit lang- oder kurzfristiger Anlagedauer zu verstehen sind. Eine aktienrechtliche Gliederung der Wertpapiere in Anlage- oder Umlaufvermögen, die eine Bewertung der Beteiligungen als dauernde Anlage gemäss Art. 665 OR ermöglichen würde, ist im Aktienrecht nicht vorgesehen (82). Trotzdem steht der Börsenkurs als Wertmassstab für Beteiligungen, bestehend aus börsengängigen Aktien, immer wieder im Mittelpunkt der Diskussionen. Dabei wird argumentiert, dass sich ein Börsenwert nur bei entsprechendem Handel von Beteiligungen bilden kann. Bekanntlich werden aber Aktienpakete praktisch nie an der Börse gehandelt und deshalb kann von einer Wertangabe aufgrund des Börsenkurses keine Rede sein. Zudem erlangt eine Beteiligung durch ihre Summe von Aktientiteln eine viel wesentlichere Bedeutung, als dass ihr entsprechender Wert der blossen Summe der Einzeltitel gleichzusetzen wäre (83). Jede Beteiligung zeichnet sich auch durch ihre spezielle Eigenart aus und stellt in diesem Sinne ein Individualgut dar, dem das Merkmal der Vertretbarkeit fehlt. Somit besitzt eine Beteiligung einen höheren Wert als den Börsenwert, wie er sich aus der Kursnotiz der einzelnen Aktien ergibt (84).

Nach der herrschenden Lehre sind die Beteiligungen nach den Richtlinien von

79) Blumer/Graf, 164.

80) Blumer/Graf, 164.

81) Art. 665 Abs. 2 OR.

82) Vgl. vorne, 54.

83) Lutz, 53.

84) Blumer/Graf, 165; Lutz, 53; von Steiger, 260.

Art. 667 OR zu bewerten (85). Somit sind Beteiligungen aus börsengängigen Aktien zum Kurswert (86) und diejenigen aus Aktien ohne Kurswert höchstens zum Kostenpreis (87), unter Berücksichtigung der laufenden Erträge, zu bewerten. Die Bewertung einer Beteiligung analog den dauernden Anlagen trägt aber m.E. dem "wahren" Wert der Beteiligung besser Rechnung (88). Dieses Bewertungsvorgehen nimmt nämlich besser Rücksicht auf die Funktion und Bedeutung einer Beteiligung. Zudem ist die Bewertung nach Art. 665 OR durchaus mit den allgemeinen Bilanzierungsrichtlinien vereinbar, denn die Bewertung zum Durchschnittskurs gemäss Art. 667 Abs. 1 OR stellt eine handelsrechtliche Bewertungshöchstgrenze dar, weshalb einer Bewertung der Beteiligung zum niedrigeren Anschaffungswert sicher nichts im Wege steht. Die Bewertung der Beteiligungen aus nichtkotierten Aktien nach Art. 667 Abs. 2 OR höchstens zum Anschaffungswert unter Berücksichtigung laufender Erträge oder Wertverminderungen kommt im übrigen der Bewertungsvorschrift für dauernde Anlagen gemäss Art. 665 OR sehr nahe.

C. Bewertung einer Aktienmehrheit zum Steuerwert

Es stellt sich im folgenden die Frage, ob die Steuerwerte für die Berechnung der Vermögenssteuer als mögliche Wertangabe herangezogen werden können, obwohl die Vorschriften des Steuerrechts nicht auf die wirtschaftlichen Vorgänge wie Kauf oder Verkauf zugeschnitten sind.

85) Für viele Blumer/Graf, 165.

86) Art. 667 Abs. 1 OR. Vgl. hierzu vorne, 54 ff.

87) Art. 667 Abs. 2 OR. Vgl. hierzu vorne, 56.

88) Vgl. auch Reinhardt, 132; Lutz, 53; von Steiger, 260; Weber A., 136; anderer Meinung Gattenhof, 39.

1. BETEILIGUNGSRECHTE AUS KOTIERTEN AKTIEN

In den Steuergesetzen wird als Vermögenssteuerwert der kotierten Wertpapiere grundsätzlich der Verkehrswert angegeben (89). Massgebender Verkehrswert im Wehrsteuerbeschluss ist der durchschnittliche Kurswert im letzten, dem Beginn der Steuerpflicht vorangegangenen Monat (90). Für die an Schweizerbörsen kotierten Wertpapiere gibt die Eidgenössische Steuerverwaltung, Sektion Wertschriftenbewertung, jährlich eine amtliche Kursliste heraus, in welcher die für den Monat Dezember ermittelten Durchschnittskurse angegeben sind. Im Kanton Zürich werden die kotierten Aktien aufgrund des Börsenkurses bewertet. Die Dienstanleitung zu § 34 StG deckt sich mit den Bestimmungen des Wehrsteuerrechtes (91). Massgebend ist ebenfalls die von der eidgenössischen Steuerverwaltung herausgegebene Kursliste (92).

2. BETEILIGUNGSRECHTE AUS NICHTKOTIERTEN AKTIEN

Für die Bewertung nichtkotierter Aktien enthält der Wehrsteuerbeschluss keine Bestimmungen. Für diese Effektenbestände gibt die eidgenössische Steuerverwaltung, Sektion Wertschriftenbewertung, eine "Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren für die Vermögenssteuer" heraus (93). Die kantonale Bewertungspraxis wird in der Regel ebenfalls durch diese Wegleitung bestimmt. Massgebend ist grundsätzlich die allgemein gültige Bewertungsformel, wonach auf den Verkehrswert im Zeitpunkt des Beginns der Veranlagungsperiode bzw. bei Beginn der Steuerpflicht während der Veranlagungsperiode abzustellen ist. Als Verkehrswert gilt derjenige Preis, der für einen Vermögensgegenstand unter normalen Verhältnissen erzielt werden kann (94). Dieser Vermögenssteuerwert berechnet sich aus dem Mittel zwischen dem Sub-

89) Vgl. Art. 30 WStB; ZH § 34 StG.

90) Art. 34 Abs. 1 WStB.

91) Dienstanleitung RZ 251.

92) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 77 zu § 34 StG.

93) Neueste Ausgabe aus dem Jahre 1977.

94) Dienstanleitung RZ 1.

stanzwert und dem doppelt gewichteten Ertragswert (95). Ausgehend von diesem Gesamtwert kann dann anteilmässig der innere Wert der Beteiligung festgestellt werden.

In dieser Wegleitung werden für die Bewertung der Beteiligungen unter bestimmten Voraussetzungen ein sog. Minderheitsabzug und ein sog. Vinkulierungsabzug gewährt (96). Für Beteiligungen, die weniger als 20 Prozent des Grundkapitals umfassen, kann ein pauschaler Minderheitsabzug von 20 Prozent vom quotalen Unternehmungswert geltend gemacht werden (97). Im weitern wird für Minderheitsbeteiligungen bei Vorliegen von Uebertragungsbeschränkungen ein Vinkulierungsabzug von 20 Prozent gestattet (98). Die von mancher Seite zu Recht geforderte Abzugsmöglichkeit der latenten Steuern, d.h. der noch nicht als Ertrag versteuerten, im Substanzwert einbezogenen stillen Reserven, wurde nicht berücksichtigt (99). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat in einem neuern Entscheid bei der Bewertung der Aktien einer Immobilienaktiengesellschaft für die Vermögenssteuer einen Abzug für diskontierte latente Steuern von pauschal 20 Prozent auf die stillen Reserven zugelassen (100).

Heute besteht unverkennbar die Tendenz, den Steuerwert einer Beteiligung so gut als möglich dem effektiven Wert anzunähern. Auch wenn die Steuerbehörden durch ihre Bewertungsrichtlinien beachtliche Wertresultate erzielen, für wirtschaftliche Vorgänge wie Kauf oder Verkauf lässt sich der Wert nur aufgrund betriebswirtschaftlicher Berechnungen ermitteln. Die Formel der Unternehmungsbewertung, welche vor allem durch ein Gutachten einer Expertenkommission Eingang in die neue Wegleitung gefunden hatte, erfüllt ganz die Anforderungen der Steuerpraxis. Es gilt jährlich Beteiligungen von über 100'000 Aktiengesellschaften zu bewerten, was nach einer einfachen und mehr oder weniger allgemeingültigen Formel verlangt. Doch gerade im Falle der

95) Dienstanleitung RZ 45. Für die Berechnung des Substanz- und Ertragswertes vorne, 43 ff.

96) Dienstanleitung RZ 53, 60.

97) Vgl. Ulrich, 237 ff.

98) Vgl. Ulrich, 241 ff.

99) Jost, ASA 44 (1975/76), 356; Böckli, ASA 42 (1973/74), 376; Gutachten 1970, 53, 81; Ulrich, 235.

100) Urteil vom 25. Mai 1981, RB 1978 Nr. 41 = Zbl 80 (1979), 232 f.; bestätigt durch das BGer, Zbl 80 (1979), 234 ff.

Veräußerung einer Beteiligung muss der konkreten Situation wesentlich mehr Rechnung getragen werden. Beispielsweise wird bei der Berechnung des Ertragswertes in der Wegleitung auf das Mittel der letzten Jahresrechnungen abgestellt und nicht auf die zukünftige Gewinnerwartung (101). Oder die Forderung, die latente Steuerlast als Abzug zu gewähren, hat keinen Einfluss in die Wegleitung gefunden, obwohl dieser Grundsatz in der Betriebswirtschaftslehre allgemein anerkannt wird (102). Bei der allgemeinen Tendenz der Steuerbelastung leuchtet es ohne weiteres ein, dass versteuerte oder un versteuerte Reserven für den Erwerber der Unternehmung ein gewichtiges Preisargument darstellen. Der nach den Richtlinien der Wegleitung ermittelte Wert eines Aktienpaketes genügt sicher den Anforderungen der Vermögensbesteuerung (103). Unter keinen Umständen erfüllt er die Anforderungen, die Käufer oder Verkäufer bei der Berechnung des Kaufpreises stellen. Der Vermögenssteuerwert stellt lediglich einen Basis- oder Vergleichswert dar, niemals aber die alleinige Bewertungsgrundlage einer Aktienmehrheit.

D. Veräußerungswert der Aktienmehrheit

Der Veräußerungswert einer Aktienmehrheit berechnet sich aus dem inneren Wert des Anteils, einem Zuschlag auf diesem Anteil sowie aus den nicht in materiellen Werten erfassbaren subjektiven Beweggründen, welche die Parteien dieser Aktienmehrheit zumessen. Daraus ergibt sich dann der Einigungspreis für die Aktienmehrheit.

101) Dienstanleitung RZ 11.

102) Helbling, Vermögenssteuer, 20.

103) Helbling, Vermögenssteuer, 20.

1. INNERER WERT DER AKTIENMEHRHEIT AUS QUOTALEM UNTERNEHMUNGSWERT

Ausgangspunkt für die Bewertung einer Aktienmehrheit ist der Gesamtwert der Unternehmung. Aufgrund einer Bewertungsmethode wird der Unternehmungswert ermittelt und daraus wird, entsprechend dem quotalen Anteil, der Wert der Beteiligung bestimmt (104). Teilt man nämlich den Gesamtwert der Unternehmung durch die Anzahl Aktien, so erhält man den inneren Wert je Aktie, und aus diesem einzelnen Aktienwert wird nach dem quotalen Anteil der Wert der Aktienmehrheit berechnet. Welche Bewertungsmethode anzuwenden ist, beurteilt sich ganz nach der zu bewertenden Unternehmung.

Bei der Bewertung von Aktien, die an der Börse kotiert sind, kann der Wert natürlich auch nach den Börsenkursen berechnet werden. Allerdings sind sie keine geeigneten Berechnungsgrundlagen, da die Börsenkurse der Aktien dem tatsächlichen Wert der Unternehmung kaum entsprechen. Der Verkauf einer Aktienmehrheit an der Börse würde einen grossen Druck auf den Kurs ausüben, was eine Unterbewertung zur Folge hätte. Die Kursentwicklung entspricht auch nicht immer den wahren Vermögens- und Ertragsverhältnissen der betreffenden Unternehmung (105). Die Gefahr einer Ueber- oder Unterbewertung müsste deshalb besonders beachtet werden.

2. PAKETZUSCHLAG

Der Verkehrswert einer Aktienmehrheit von beispielsweise 70 Prozent des Grundkapitals liegt in der Regel höher als 70 Prozent des Gesamtwertes der Unternehmung, weil aus verschiedenen Gründen auf die Wertquote des Anteils ein sog. Paketzuschlag hinzugerechnet wird (106). Ausschlaggebend für die Höhe des Paketzuschlages ist natürlich in erster Linie die Grösse des Aktienpaketes. Die Grösse der Beteiligung spielt einmal absolut gesehen eine Rolle, da nämlich von der einfachen Mehrheit bis zur Alleinherrschaft die

104) Vgl. über Unternehmungsbewertung vorne, 49 ff.

105) Boemle, 377.

106) Boemle, 481; Helbling, Unternehmungsbewertung, 408.

die Verfügungsmacht des Anteilinhabers wächst (107). Für eine Aktienmehrheit von 80 Prozent der Aktien kann der Veräusserer einen verhältnismässig höheren Preis fordern als für eine solche von 51 Prozent. Zusätzlich ist die Grösse der Beteiligung auch im Verhältnis zur übrigen Verteilung der Aktien von Bedeutung. Besteht beispielsweise neben einer Beteiligung von 51 Prozent eine zweite von 49 Prozent und vergleichsweise in einem zweiten Fall neben der gleichen Mehrheitsbeteiligung eine solche von nur 10 Prozent, so sind in beiden Fällen die Mehrheitsbeteiligungen absolut gesehen gleich hoch. Relativ gesehen ist aber diejenige des zweiten Falles höher, weil die Streuung der übrigen Aktien gross ist; es besteht neben der Aktienmehrheit keine Minderheitsbeteiligung von wirksamer Stärke.

Die Höhe des Paketzuschlages lässt sich nicht generell bestimmen, sondern richtet sich nach den konkreten Verhältnissen der zu bewertenden Aktienmehrheit. Grundsätzlich dürfte ein Paketzuschlag bis zu 10 Prozent auf den quotalen Anteil realisierbar sein (108).

Folgende Faktoren bestimmen beispielsweise die Höhe des Paketzuschlages (109):

- Grösse der Mehrheitsbeteiligung
- Anzahl und Streuung der übrigen Aktien
- Negoziabilität der Aktien
- Vinkulierungsvorschriften
- Mitbestimmungsrechte der Minderheitsbeteiligten
- Stimmrechtsaktien.

In der Praxis sind Paketzuschläge bei der Veräusserung von Aktienmehrheiten nichts Aussergewöhnliches. An diesem Paketzuschlag wird allerdings auch Kritik geübt, weil man darin eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Mehr-

107) Vgl. vorne, 20 ff.

108) Helbling, Unternehmungsbewertung, 410. Laut der Zeitung Finanz und Wirtschaft (3. Dezember 1977) kaufte die UTC International (Basler Handelsgesellschaft AG) die Beteiligung von 51 Prozent an Jelmoli von der Schweizerischen Kreditanstalt für rund Fr. 300 Mio. Der Preis je Aktie lag mit Fr. 1865.- rund 30 Prozent über dem Börsenkurs von Fr. 1450.-.

109) Vgl. Helbling, Unternehmungsbewertung, 410.

heitsaktionärs sieht. Dieser Zuschlag verstosse gegen das Prinzip des Aktienrechts, weil einerseits der Mehrheitsaktionär bei der Veräusserung Gewinnvorteile besitzt, anderseits alle Aktionäre, ob gross oder klein, anteilig dasselbe Unternehmungsrisiko tragen (110).

3. EINIGUNGSPREIS

a) Subjektive Beweggründe der Parteien

Die Berechnung des Wertes einer Aktienmehrheit wurde bis jetzt nur nach objektiven Kriterien vorgenommen. Ein ebenso wichtiger Wertfaktor sind die subjektiven Kriterien oder Beweggründe der Parteien, die noch nicht berücksichtigt worden sind. Gerade bei der Veräusserung einer Aktienmehrheit, welche die Beherrschung der betreffenden Unternehmung ermöglicht, spielen die subjektiven Wertfaktoren eine ganz bedeutende Rolle. Nun gibt es natürlich unzählige Gründe, die eine Partei dazu bewegen, eine Aktienmehrheit zu verkaufen bzw. zu kaufen. Sie können nur anhand der konkreten Situation analysiert werden. Als Beispiele seien einige angeführt:

- Erwerb der Mehrheit
- Name der Unternehmung
- Macht, Prestige
- Rationalisierung, Diversifikation
- Engineering / Forschungsabteilung / Produkte
- mehrere Käufer an Aktienmehrheit interessiert
- Verkäufer befindet sich in Liquidationsschwierigkeiten und muss Aktienpaket veräussern
- weitere Zwangssituationen auf der Seite des Verkäufers wie Alter, Krankheit, Tod etc.

Die subjektiven Kriterien können die Werteinschätzung der Unternehmung durch eine Partei wesentlich verändern. Das Interesse des Käufers gründet in erster Linie auf einer subjektiven Ueberlegung. Er möchte beispielsweise seine

110) Heinsius, 74.

Produkte besser absetzen und sucht deshalb eine Unternehmung mit einer guten Absatzorganisation zu erwerben. Hat er einen geeigneten Uebernahmekandidaten gefunden, wird er ihn innerhalb seiner gesamten unternehmerischen Tätigkeit beurteilen. Er ist sicher bereit, einen höheren Preis für die Aktienmehrheit zu bezahlen, als der tatsächliche Wert darstellt. Der Nutzen dieser Unternehmung ist eben nicht allein durch den Wert bestimmt, sondern zusätzlich durch die subjektive Einschätzung. Nun gibt es aber auch subjektive Beweggründe, die den Veräusserer veranlassen, die Aktienmehrheit unter dem tatsächlichen Wert zu verkaufen.

b) Preis für eine Aktienmehrheit

Die subjektiven Beweggründe führen zum Unterschied zwischen dem berechneten Wert einer Aktienmehrheit und dem Preis, der schliesslich bezahlt wird. Bei nichtvertretbaren Gütern, zu denen eine Aktienmehrheit gehört, besteht kein transparenter Markt, sondern die Parteien müssen sich in den Verhandlungen auf einen Preis einigen. Der Wert ist somit eine Möglichkeit für das, was bezahlt werden könnte, der Preis eine Realität, nämlich das, was tatsächlich bezahlt wird (111). Der Preis kann höher oder tiefer sein als der ermittelte Wert. Bei einer Aktienmehrheit führt das subjektive Interesse des Käufers meistens zu einem höheren Preis als die Aktienmehrheit bewertet wurde. Die Bewertungsmethoden liefern den Parteien eine Entscheidungsgrundlage, hingegen bleibt es aber dem freien Ermessen der Parteien überlassen, den Einigungspreis zu bestimmen.

111) Viel/Bredt/Renard, 24.

3. TEIL

STEUERRECHTLICHE GRUNDLAGEN

§ 5 DAS STEUERSUBJEKT

I. BEGRIFF

Das Steuersubjekt ist der Träger der Gesamtheit der Verpflichtungen und Befugnisse, die sich aus einem Steuerrechtsverhältnis ergeben können (1). Eine natürliche oder juristische Person wird zum Steuersubjekt, wenn sie in einer steuerlich relevanten Beziehung dem Staat gegenüber auftritt (2). Aus dem Steuerrechtsverhältnis als Schuld- oder Veranlagungsverhältnis ergeben sich aufgrund einer gesetzlichen Grundlage die Steuersubjekte. Damit ist aber nicht gesagt, dass diese Person die Steuerschuld tatsächlich trägt, denn gewisse Steuern können auch auf Drittpersonen überwältzt werden. Diese Ueberwälzung trifft beispielsweise für die Warenumsatzsteuer zu, indem die Steuerschuld nicht vom Endverkäufer, der als Steuersubjekt veranlagt, sondern vom Konsumenten getragen wird.

Die Entstehung der subjektiven Steuerpflicht ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Eine natürliche oder juristische Person ist subjektiv steuerpflichtig, wenn sie:

- die für die betreffende Steuer massgebenden persönlichen Eigenschaften auf sich vereinigt,
- dem Steuerhoheitsträger zugehört und
- nicht unter eine der Ausnahmen der subjektiven Steuerpflicht fällt (3).

1) Blumenstein, System, 43.

2) Höhn, Steuerrecht, 102.

3) Vgl. dazu Höhn, Steuerrecht, 102.

II. VORAUSSETZUNGEN DER SUBJEKTIVEN STEUERPFlicht EINER NATUERLICHEN PERSON

A. Persönliche Eigenschaften

Die subjektive Steuerpflicht setzt für jede natürliche Person grundsätzlich die Rechtsfähigkeit im Sinne des Zivilrechts voraus (4). Dieser Grundsatz bedeutet aber nicht, dass jede rechtsfähige Person eo ipso zum Steuersubjekt wird, vielmehr obliegt es der Steuergesetzgebung, die subjektive Steuerpflicht zu regeln (5). Eine wichtige Ausnahme besteht nämlich im Grundsatz der Besteuerung der Familie als Einheit, welcher die schweizerischen Steuergesetze beherrscht, indem die in ungetrennter Ehe lebende Ehefrau nicht selbständig besteuert, sondern als unselbständiges Steuersubjekt behandelt wird. Das Einkommen und Vermögen der beiden Ehegatten wird zusammengerechnet und gemeinsam besteuert. Steuersubjekt für dieses Gesamteinkommen und Gesamtvermögen ist der Ehemann.

B. Steuerrechtliche Zugehörigkeit

Die steuerliche Zugehörigkeit entsteht durch eine steuerlich relevante Beziehung zwischen einer natürlichen Person und dem Gemeinwesen (6). Sie setzt die persönliche oder wirtschaftliche Zugehörigkeit zum betreffenden Hoheitsgebiet voraus.

4) Art. 11 ZGB.

5) Höhn, Steuerrecht, 126.

6) Höhn, Steuerrecht, 128.

1. PERSÖNLICHE ZUGEHÖRIGKEIT

a) Begriff

Die persönliche Zugehörigkeit eines Individuums zum Hoheitsgebiet bestimmt sich nach dem Wohnsitz, dem Aufenthalt oder allenfalls nach dem Bürgerrecht (7). Diese Zugehörigkeit begründet in der Schweiz das Hauptsteuerdomizil einer natürlichen Person, weil zuerst auf die persönliche Anwesenheit in einer Gebietshoheit abgestellt wird. Es handelt sich um das sog. Territorialitätsprinzip (8).

aa) Wohnsitz

Die persönliche Zugehörigkeit richtet sich in erster Linie nach dem Wohnsitz. Unter Wohnsitz verstehen die Steuergesetze im allgemeinen den Ort, wo sich eine Person mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhält. Der steuerrechtliche Wohnsitz knüpft also an den zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff an (9). Lässt er sich im interkantonalen Verhältnis nicht ohne weiteres feststellen, da der Steuerpflichtige die Voraussetzung eines Wohnsitzes an mehreren Orten erfüllt, dann ist auf den Ort mit den stärksten persönlichen Beziehungen abzustellen. Diese engste Beziehung lässt sich anhand von Kriterien wie die persönlichen Verhältnisse, die Art der Erwerbstätigkeit, der Zweck des Verweilens, die Wohnverhältnisse an den verschiedenen Orten oder die regelmässige Rückkehr an den Familienort feststellen (10).

7) Vgl. Blumenstein, System, 47 ff.

8) Höhn, Steuerrecht, 129.

9) Art. 23 Abs. 1 ZGB.

10) Reimann/Zuppinger/Schärner N 7 zu § 3 StG.

bb) Aufenthalt

Der blosse Aufenthalt kann ebenfalls eine Steuerpflicht begründen. Ein Aufenthalt bedeutet das tatsächliche Verweilen an einem Ort (11). Die meisten Steuergesetze sehen diese Voraussetzung erst nach Ablauf einer bestimmten minimalen Dauer vor, ungeachtet einer vorübergehenden Unterbrechung (12). Ist diese gesetzliche Anordnung erfüllt, dann wird der Aufenthalt steuerlich dem Wohnsitz gleichgestellt und es entsteht eine generelle Steuerpflicht. Hat der Steuerpflichtige sowohl einen festen Wohnsitz im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB und einen Aufenthaltsort, dann kommt dem letzteren nur subsidiäre Bedeutung zu (13). Ein Aufenthalt zu Sonderzwecken vermag keine Steuerpflicht zu begründen (14).

b) Unbeschränkte Steuerpflicht

Durch die persönliche Zugehörigkeit entsteht die unbeschränkte oder generelle Steuerpflicht für das gesamte Einkommen und Vermögen einer natürlichen Person (15).

2. WIRTSCHAFTLICHE ZUGEHÖRIGKEIT

a) Begriff

Die wirtschaftliche Zugehörigkeit ergibt sich aus den wirtschaftlichen Beziehungen einer natürlichen Person zum Gemeinwesen. Diese Beziehungen entstehen einerseits durch Rechte an Sachen, wie Geschäftsort, Betriebsstätte oder Liegenschaften, und andererseits durch Verkehrsvorgänge wie beispielsweise Erbschaften.

11) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 23 zu § 3 StG.

12) Art. 3 Ziff. 1 lit. c WStB; ZH § 3 Abs. 2 StG.

13) Höhn, Steuerrecht, 129.

14) Art. 26 ZGB.

15) Art. 3 Ziff. 1 WStB; ZH § 1 lit. a und § 3 Abs. 1 StG.

aa) Geschäftsort und Betriebsstätte

Die dauernde wirtschaftliche Betätigung eines Steuerpflichtigen führt an dem Ort, an welchem sich die körperliche Anlage oder Einrichtung befindet, zur subjektiven Steuerpflicht. Diese Anlagen oder Einrichtungen müssen aber ständig und nicht nur vorübergehend vorhanden sein.

Als Geschäftsort wird derjenige Ort bezeichnet, wo der Steuerpflichtige durch seine selbständige Erwerbstätigkeit einen quantitativ oder qualitativ wesentlichen Teil des Betriebes vollzieht (16). Dieser Begriff ist unabhängig von der Organisationsform des Betriebes und ist daher anwendbar für eine Einzelfirma, Personengesellschaft oder juristische Person (17).

Die Betriebsstätte hingegen stellt stets nur einen Teil eines an einem anderen Ort geführten Geschäftsbetriebes dar (18). Sie erfordert keine organisatorische oder verwaltungsmässige Selbständigkeit (19). Im internationalen Verhältnis wie auch in einzelnen kantonalen Steuergesetzen wird teilweise terminologisch nicht zwischen Betriebsstätte und Geschäftsort unterschieden. Beide Begriffe werden gleichbedeutend verwendet.

bb) Liegenschaften

Der Eigentümer oder Nutzniesser einer in der Schweiz gelegenen Liegenschaft begründet die subjektive Steuerpflicht am Ort der Liegenschaft. Die Liegenschaften sind ausschliesslich am Ort der gelegenen Sache steuerbar, da dieser Belegenheitsort im interkantonalen Steuerrecht ein Spezialsteuerdomizil darstellt (20).

Zu den Liegenschaften gehören alle Grundstücke im Sinne des Zivilrechts, nämlich die Grundstücke, im Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte, Bergwerke und die Miteigentumsanteile an Grundstücken (21). Zudem

16) Reimann/Zuppinger/Schärner N 20 zu Art. 6 StG.

17) Reimann/Zuppinger/Schärner N 20 zu Art. 6 StG.

18) Höhn, Steuerrecht, 130.

19) Reimann/Zuppinger/Schärner N 21 zu Art. 6 StG.

20) Vgl. hinten, 151 ff.

21) Art. 655 ZGB.

sind ihnen die Fahrnisbauten und die Zugehör gleichgestellt (22). Dieser zivilrechtliche Grundstücksbegriff hat Eingang in den meisten kantonalen Steuerordnungen gefunden; vereinzelt sind auch abweichende Begriffe anzutreffen (23).

b) Beschränkte Steuerpflicht

Im Gegensatz zur persönlichen Zugehörigkeit führt die wirtschaftliche Bindung grundsätzlich nur zu einer beschränkten Steuerpflicht. Sie begründet nur ein Nebensteuerdomizil und erlaubt deshalb ausschliesslich die Besteuerung jener Einkommens- und Vermögensteile, die mit den Tatsachen, welche die Zugehörigkeit bestimmen, in Beziehung stehen (24). Die Steuerpflicht einer Betriebsstätte beschränkt sich auf die an diesem Ort der geschäftlichen Niederlassung wirksamen Aktivitäten. Für den Umfang der Besteuerung im interkantonalen Verhältnis sind die Grundsätze des Bundesrechtes, insbesondere das Verbot der Doppelbesteuerung massgebend.

3. ANWENDUNG IM INTERKANTONALEN VERHÄLTNIS

Grundsätzlich ergänzen sich die beiden Anknüpfungspunkte der persönlichen und wirtschaftlichen Zugehörigkeit. Die letztgenannte kann aber unter gewissen Voraussetzungen die persönliche Zugehörigkeit einschränken. Das führt dazu, dass in gewissen Fällen die wirtschaftliche Zugehörigkeit Vorrang hat. Dieser kollisionsrechtliche Grundsatz regelt die Zuweisung des Besteuerungsrechtes unter den Kantonen.

Im interkantonalen Verhältnis sind Betriebe in erster Linie am Geschäftsort und Liegenschaften ausschliesslich am Ort der Belegenheit steuerbar (25).

22) Art. 644, 645, 677 ZGB.

23) Hierzu näheres Ochsner, 65 ff.

24) Blumenstein, System, 53.

25) Höhn, Steuerrecht, 373 ff.; Reimann/Zuppinger/Schärner N 5 zu Vorbemerkungen zu §§ 3 - 7 StG.

Der Steuerpflichtige wird vor einer Doppelbesteuerung dadurch geschützt, dass eine zusätzliche Steuerpflicht für die gleichen Steuerobjekte kraft persönlicher Zugehörigkeit nach der sog. Befreiungsmethode ausgeschlossen ist. Es gelten die Grundsätze des Bundesrechts über das Verbot der Doppelbesteuerung (26).

III. VORAUSSETZUNGEN DER SUBJEKTIVEN STEUERPFlicht EINER JURISTISCHEN PERSON, INSBESONDERE DER AKTIENGESellschaft

A. Historische Betrachtung

1. URSPRUEGLICHE STEUERFREIHEIT

Bis gegen Mitte des letzten Jahrhunderts bestand für Aktiengesellschaften die volle Steuerfreiheit. Das Gemeinwesen erklärte nur den Aktienbesitz des Aktionärs steuerpflichtig, weil damals einzig das Vermögen der Besteuerung unterworfen wurde.

Die verschwindend kleine Zahl von Aktiengesellschaften gegen Ende des letzten Jahrhunderts liess eine Steuerpflicht als nicht lukrativ erscheinen (27).

2. BESTEUERUNG ANALOG DEN NATUERLICHEN PERSONEN

Allmählich fasste der Gedanke Fuss, das Besteuerungsrecht des Gemeinwesens auch auf die juristischen Personen auszudehnen. Das zürcherische Gesetz betreffend die Vermögens-, Einkommens- und Aktivbürgersteuer vom 24. April 1870 erklärte die im Kanton wohnenden Bürger und Niedergelassenen sowie die

26) Art. 46 Abs. 2 BV.

27) Anzahl Aktiengesellschaften: 1850: 7, 1870: 78, 1890: 349. Im Vergleich dazu gab es Ende 1979 104'724 Aktiengesellschaften (gemäss Neue Zürcher Zeitung Nr. 2 vom 5. Januar 1981).

im Kanton bestehenden Korporationen für steuerpflichtig (28). Vorerst fehlten aber noch spezielle Regelungen für den Umfang und die Höhe der Steuer. Die juristischen Personen wurden einfach entsprechend den natürlichen besteuert. Bald zeigte sich aber, dass die ungenügende gesetzliche Regelung Rechtsunsicherheiten bewirkte, die nur durch eine umfangreiche Rekurspraxis einigermaßen behoben werden konnte (29). Nach diesem Gesetz war die Aktiengesellschaft vermögenssteuerpflichtig im Umfang der neben dem Grundkapital gebildeten offenen und stillen Reserven (30). Das Grundkapital der Gesellschaft wurde anteilmässig beim Aktionär besteuert. Auf diese Weise konnte die als nicht wünschenswert betrachtete steuerliche Doppelbelastung von Gesellschaft und Aktionär vermieden werden. Steuerbar war nicht der volle Ertrag, sondern nur der nach Abzug einer angemessenen Verzinsung von Grundkapital und Reserven verbleibende Gewinn (31).

3. HEUTIGE REGELUNG

Mit dem Uebergang zur Reineinkommenssteuer wurde abermals die Frage der steuerlichen Behandlung der juristischen Personen aufgeworfen. Man erkannte sehr wohl den Unterschied der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der physischen und nichtphysischen Personen. Der Kanton Zürich berücksichtigte als erster die neuen Erkenntnisse im Gesetz vom 25. November 1917. Als grundlegendes Novum galt die Einführung der vollen Besteuerung des Ertrages und Kapitals der juristischen Personen. Nach dieser bahnbrechenden Regelung, in der Literatur als "Zürcher Typus" bezeichnet, wird der Ertrag entsprechend der Ertragsintensität progressiv besteuert. Dieser neue Steuertypus wurde in der Folge vom Bund und den meisten Kantonen übernommen. Von diesem Zeitpunkt an wurde die juristische Person als selbständiges Steuersubjekt veranlagt.

28) Vgl. Reimann/Zuppinger/Schärrier N 3 zu Vorbemerkungen zu §§ 43 - 52 StG.
29) Trachsler, 18.

30) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 4 zu Vorbemerkungen zu §§ 43 - 52 StG;
Trachsler, 18.

31) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 5 zu Vorbemerkungen zu §§ 43 - 52 StG.

B. Anerkennung der juristischen Person

Die herrschende Steuerrechtslehre stützt sich auf den Grundsatz, dass eine juristische Person kraft ihrer Rechtsfähigkeit nach Art. 53 ZGB ein selbstständiges Steuersubjekt darstellt. Voraussetzung ist allerdings, dass sie vom Steuerrecht anerkannt wird. Dient nämlich die juristische Person lediglich der Steuerumgehung, dann braucht sie steuerrechtlich nicht anerkannt zu werden (32). In diesem Fall greift das Steuerrecht auf die natürliche Person durch, die hinter der juristischen Person steht (33).

Die Gemeinschaftsverhältnisse, die nach dem Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht als Personengemeinschaften behandelt werden, nämlich die einfache Gesellschaft, die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, sind keine juristischen Personen (34). Sie werden von den meisten Steuergesetzen dementsprechend nicht als selbstständige Steuersubjekte behandelt, da sie gar nicht oder nur in beschränktem Sinne rechtsfähig sind (35).

C. Steuerrechtliche Zugehörigkeit

1. PERSÖNLICHE ZUGEHÖRIGKEIT

Anknüpfungspunkt der persönlichen Zugehörigkeit einer juristischen Person und speziell der Aktiengesellschaft ist der steuerrechtliche Sitz. Dieser wird einerseits durch den zivilrechtlichen oder statutarischen Sitz oder andererseits durch den tatsächlichen Sitz bzw. Ort der Verwaltung begründet.

32) Im Kanton Zürich haben gemäss § 44 StG juristische Personen, deren Gründung oder Bestand lediglich der Steuerumgehung oder Steuerverschiebung dient, keinen Anspruch auf steuerrechtliche Anerkennung. Soweit handelt es sich um eine zwingende gesetzliche Vorschrift.

33) ZH § 44 StG.

34) Reimann/Zuppinger/Schärner N 2 zu Vorbemerkungen §§ 43 - 52 StG.

35) Der einfachen Gesellschaft fehlt die Rechtsfähigkeit. Die Kollektivgesellschaft (Art. 562 OR) und die Kommanditgesellschaft (Art. 602 OR) sind dagegen in beschränktem Sinne rechtsfähig.

Am Ort der persönlichen Zugehörigkeit entsteht die Hauptsteuerpflicht einer juristischen Person.

a) Statutarischer Sitz

Der statutarische Sitz ist der in den Statuten angegebene Sitz. Bei der Aktiengesellschaft, GmbH und der Genossenschaft müssen die Statuten einen Sitz bestimmen (36). Für den Verein und die Stiftung genügt hingegen eine mittelbare Sitzwahl (37). Bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist der durch Gesetz oder Statut bezeichnete Sitz massgebend (38).

b) Ort der Verwaltung

Für das Steuerrecht kann aber auch der Sitz der Verwaltung nach Art. 56 ZGB massgebend sein. Da die juristischen Personen ihren Sitz frei bestimmen können, findet diese Wahl dort ihre Grenze, wo diesem Sitz nur noch formelle Bedeutung zukommt und die Geschäftsführung oder Verwaltung tatsächlich an einem anderen Ort geführt wird. Es liegt ein doppelter Anknüpfungspunkt vor. Massgebendes Steuerdomizil wird derjenige Ort, an dem die Gesellschaft die tatsächliche Tätigkeit ausübt. Der Zürcher Steuerkommentar bezeichnet ihn als denjenigen Ort, wo die Fäden der Geschäftsführung zusammenlaufen und in der Regel auch gewisse ständige Betriebseinrichtungen (Betriebsstätte oder Verwaltungsstätte) vorhanden sind (39).

Die Steuergesetze erklären den Ort der Verwaltung als Steuerdomizil, wenn ein rechtlicher Sitz in den Statuten nicht bestimmt wurde oder an diesem Ort keinerlei Geschäftsführung oder Verwaltungstätigkeit ausgeübt wird. Natürlich hat der statutarische Sitz den grossen Vorteil, dass er sich sehr leicht feststellen lässt. Doch gerade weil er frei bestimmbar ist, verlangen

36) Art. 626 Ziff. 1, 776 Ziff. 1, 832 Ziff. 1 OR.

37) Art. 56 ZGB.

38) Reimann/Zuppinger/Schärner N 4 zu § 4 StG.

39) Reimann/Zuppinger/Schärner N 10 zu § 4 StG.

die Steuergesetze, dass an diesem Ort auch tatsächlich eine geschäftliche Tätigkeit ausgeübt wird, andernfalls das Steuerdomizil am Geschäftsort begründet wird (40). Anders anknüpfen würde bedeuten, dass auf den formellen Sitz der juristischen Person abgestellt würde. Im interkantonalen Verhältnis erfolgt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes die Besteuerung am Ort der Verwaltung, sobald die massgebende Tätigkeit nicht mehr am statutarischen Sitz ausgeübt wird (41). Soweit also der statutarische Sitz nicht mit dem Ort der Ausübung gesellschaftlicher Tätigkeit übereinstimmt, gilt der steuerrechtliche Grundsatz, wonach die bloss formelle Bezeichnung eines Sitzes in den Statuten, auch Briefkastendomizil genannt, für die steuerliche Zugehörigkeit nicht ausschlaggebend ist. Die steuerliche Zugehörigkeit richtet sich nach dem Ort der wirklichen Geschäftsführung als massgebenden Mittelpunkt der ökonomischen Existenz (42).

2. WIRTSCHAFTLICHE ZUGEHÖRIGKEIT

Eine juristische Person begründet die wirtschaftliche Zugehörigkeit nach den gleichen steuerrechtlichen Kriterien wie eine natürliche Person. Liegenschaften und Betriebsstätten ausserhalb des Sitzkantons lassen eine Steuerpflicht entstehen. Es kann an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen für die natürlichen Personen verwiesen werden (43).

40) Blumenstein, System, 53.

41) Vgl. Locher, Band 1, § 4 I B Nr. 10, 11 und 17.

42) Blumenstein, System, 51.

43) Vgl. vorne, 70 ff.

IV. AUSNAHMEN VON DER SUBJEKTIVEN STEUERPFLICHT

A. Grundsätzliches

Natürliche und juristische Personen können mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse von der Steuerpflicht befreit werden. Das moderne Steuerrecht beruht zwar auf dem Grundsatz der Allgemeinheit der Steuerpflicht, der keine Steuerprivilegien zugunsten einzelner Steuerpflichtiger zulässt. Trotzdem rechtfertigen gewisse sachliche Verhältnisse eine Steuerbefreiung, die auch vor dem Gebot der Rechtsgleichheit des Art. 4 BV standhalten.

Die Ausnahme von der subjektiven Steuerpflicht bedeutet, dass eine Person, welche die persönlichen Eigenschaften und die steuerrechtliche Zugehörigkeit zum Staat erfüllt, aufgrund einer besonderen Vorschrift von der Steuerpflicht befreit wird (44). Diese Steuerbefreiungsgründe entspringen unter anderem völkerrechtlichen, staatsrechtlichen, staatsökonomischen oder sozialpolitischen Grundsätzen und Vereinbarungen. Sie sind in den Steuergesetzen in der Regel abschliessend aufgeführt.

Während die Steuerbefreiungsgründe bei den juristischen Personen sich nach dem Zweck der Körperschaft ausrichten, basieren die subjektiven Steuerbefreiungen der natürlichen Personen auf völkerrechtlichen Grundsätzen oder staatsvertraglichen Vereinbarungen.

44) Höhn, Steuerrecht, 104.

B. Steuerbefreiungsgründe

1. OEFFENTLICH-RECHTLICHE INSTITUTIONEN

Von der Steuerpflicht befreit sind der Bund und seine Anstalten primär nach der Bundesgesetzgebung für die Wehrsteuer nach Art. 16 Ziff. 1 WStB (45) und sekundär gemäss den kantonalen Steuergesetzen (46). Der Kanton und seine Anstalten sind nach Art. 16 Ziff. 1 WStB sowie die Gemeinde und ihre Anstalten nach Art. 16 Ziff. 2 WStB steuerbefreit (47). Analoges gilt für die kantonalen und kommunalen Steuern.

2. PRIVATRECHTLICHE INSTITUTIONEN

Darunter fallen eine grosse Anzahl von juristischen Personen, die ohne Erwerbs- oder Selbsthilfezwecke zu verfolgen, eine ganze Reihe von eigentlich den staatlichen oder kantonalen Institutionen zufallenden Aufgaben erfüllen. Zu diesem Aufgabenkreis gehören die öffentlichen Zwecke (48), die Kulturzwecke, Unterrichtszwecke und die gemeinnützigen Zwecke (49). Die wehrsteuerrechtlichen Befreiungsgründe nach Art. 16 Ziff. 2 und 3 WStB umfassen bei den angegebenen Körperschaften und Anstalten nur das diesen bestimmten Zwecken dienende Einkommen und Vermögen. In den Steuergesetzen wird auch bei diesen Institutionen ein Erwerbs- oder Selbsthilfezweck ausgeschlossen; der Wirkungskreis hat im Dienste der Allgemeinheit zu stehen.

45) Bundesgesetz über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft vom 26. März 1934, Art. 10. Die Steuerbefreiungspraxis der Wehrsteuerveranlagungsbehörde stützt sich heute noch im wesentlichen auf die Anleitung der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom September 1943 zur Auslegung von Art. 16 WStB, vgl. Masshardt N 1 zu Art. 16 WStB.

46) ZH § 16 lit. a StG.

47) ZH § 16 lit. c StG.

48) Art. 16 Ziff. 2 WStB; ZH § 16 lit. d StG.

49) Art. 16 Ziff. 3 WStB; ZH § 16 lit. d StG.

3. AUSGLEICHS-, SOZIALVERSICHERUNGSKASSEN UND PERSONALFÜRSORGESTIFTUNGEN

Die beiden Kassen sind für die Ausrichtung von Sozialleistungen errichtet worden und die Personalfürsorgestiftungen dienen der Wohlfahrt des Personals der Unternehmung. Sie erfüllen soziale Zwecke und sind deshalb von der Steuerpflicht befreit worden (50).

Die Fürsorgeinstitutionen müssen zudem weiteren Voraussetzungen entsprechen, ohne die sie nicht in den Genuss der Steuerbefreiung gelangen. Einmal fordert das Steuerrecht, dass das Vermögen, das aus Zuwendungen oder Beiträgen von Arbeitgebern bzw. Arbeitnehmern gebildet wird, entsprechend der obligationenrechtlichen Bestimmung in Art. 231 Abs. 1 OR rechtlich verselbständigt ist (51). Zudem muss diese Fürsorgeeinrichtung im Sinne des Steuerrechts geführt werden, sie darf also keine zweckfremden Leistungen übernehmen und hat sich auf das Personal, dessen Angehörigen und Hinterbliebenen, der betreffenden Unternehmung zu beschränken. Unter Umständen ist auch der Einschluss des Unternehmens in die firmaeigene Stiftung möglich.

4. ANGEHÖRIGE VON DIPLOMATISCHEN ODER KONSULARISCHEN MISSIONEN

Subjektive Steuerbefreiungen ergeben sich aufgrund völkerrechtlicher oder staatsrechtlicher Abkommen für die Chefs und Mitglieder der bei der Eignossenschaft beglaubigten diplomatischen Missionen (52), sowie für die Berufskonsuln und höheren Berufskonsularbeamten (53). Sie sind im Wehrsteuerrecht umfassend von der Steuerpflicht befreit, ausser der Absendestaat gewähre kein Gegenrecht. In diesen Fällen kann der Bundesrat abweichende Bestimmungen anordnen (54).

50) Art. 16 Ziff. 4, 4^{bis} WStB; ZH § 16 lit. e und f StG.

51) Masshardt N 23 zu Art. 16 WStB; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 85 zu § 16 StG.

52) Art. 17 Abs. 1 lit. a und b WStB; ZH § 17 StG.

53) Art. 17 Abs. 1 lit. c WStB; ZH § 17 StG.

54) Art. 17 Abs. 2 WStB.

Das Zürcher Steuergesetz stellt die Mitglieder ausländischer diplomatischer Missionen und konsularischer Vertretungen steuerlich den Personen mit Wohnsitz im Ausland gleich. Entsprechend dem Prinzip der Exterritorialität dieses Personenkreises wirkt die Steuerbefreiung nicht unbeschränkt, sondern die Steuerpflicht bleibt für Liegenschaften und Betriebsstättevermögen, sowie den Ertrag daraus, bestehen (55).

55) Reimann/Zuppinger/Schärner N 5 zu § 17 StG.

§ 6 DAS STEUEROBJEKT

I. BEGRIFF

Das Steuerobjekt ist der Gegenstand der Steuererhebung, welcher unter bestimmten steuergesetzlichen Tatbeständen eine Steuerpflicht begründet (1). Diese Gegenstände ergeben sich aus den Steuergesetzen. Dabei wird unterschieden zwischen Steuerobjekten, die einerseits aus einem einzigen Tatbestand, wie beispielsweise für die Handänderungssteuer, und andererseits aus einer Vielzahl von Tatbeständen bestehen (2). Zu den letzteren gehört beispielsweise die Einkommenssteuer. Das Vorliegen eines Steuerobjektes ist somit eine Voraussetzung dafür, dass zusammen mit der subjektiven Steuerpflicht ein Steuerrechtsverhältnis entstehen kann (3).

Im schweizerischen Steuerrecht gehören die meisten und auch die wichtigsten Objekte der Steuererhebung in die Kategorie der Ereignisse (4). Beliebige Zustände oder Vorgänge, sei es nun ein Verkehrsvorgang im Falle einer Grundstückhandänderung oder ein Wertzufluss in Form von Einkommen bzw. Kapitalertrag, verändern das Steuerobjekt. Aufgrund einer gesetzlichen Grundlage stellen sie steuerrechtlich relevante Tatbestände dar und lösen eine in den Steuergesetzen vorgesehene Steuerpflicht aus.

Steuerobjekt bei der Veräusserung einer Aktienmehrheit ist der realisierte Kapitalgewinn. Während der Besitzesdauer hat sich auf den Aktien ein Mehrwert gebildet, der latent vorhanden ist, aber erst im Zeitpunkt der Realisation objektiv steuerpflichtig wird. Dieser Kapitalgewinn wird je nach Zuteilung der Aktien als Privat- oder Geschäftsvermögen verschieden veranlagt, weshalb an dieser Stelle zuerst auf die Zuteilungskriterien dieser beiden Vermögenskomplexe eingegangen wird.

1) Höhn, Steuerrecht, 108.

2) Höhn, Steuerrecht, 110 f.

3) Vgl. vorne, 68.

4) Höhn, Steuerrecht, 109.

II. UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN PRIVAT- UND GESCHAEFTSVERMOEGEN

A. Bedeutung

Die Kapitalgewinne des beweglichen Privatvermögens bleiben entweder steuerfrei oder werden mit einer besonderen Steuer erfasst (5). Sobald sie dem Geschäftsvermögen angehören, sind sie in allen Kantonen als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Einkommenssteuer unterworfen (6). Das Wehrsteuerrecht erfasst nur die auf dem Geschäftsvermögen erzielten Kapitalgewinne und Wertvermehrungen (7). Diese unterschiedliche steuerliche Behandlung erfordert eine klare Zuordnung der Aktienmehrheit zum Privat- oder Geschäftsvermögen. Selbstverständlich stellen sich diese Abgrenzungsprobleme nur beim Aktionär, der als Selbständigerwerbender ein Geschäft oder Gewerbe betreibt. Eine Aktiengesellschaft kann nur Geschäftsvermögen besitzen. Somit ist die Abgrenzung zwischen diesen beiden Vermögensteilen nur für die natürlichen Personen notwendig, die aber weder durch den Wehrsteuerbeschluss noch durch die kantonalen Steuergesetze selber vorgenommen wird. Diese Aufgabe, geeignete Zuteilungskriterien für das Geschäfts- und Privatvermögen aufzustellen, fällt der Lehre und Rechtsprechung zu.

Bei den Aktiven ist zu unterscheiden zwischen:

- notwendigem Privatvermögen,
- notwendigem Geschäftsvermögen und
- Vermögensobjekten, die sowohl Privat- als auch Geschäftsvermögen sein können, die sog. alternativen Wirtschaftsgüter.

5) Vgl. hinten, 113 ff.

6) Vgl. hinten, 132 ff.

3) Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB.

B. Notwendiges Privatvermögen

Nach herrschender Lehre wird ein Gegenstand dem Privatvermögen zugeordnet, wenn dieser nach seiner äusseren Beschaffenheit objektiv privaten Bedürfnissen dient und vom Steuerpflichtigen auch ausschliesslich für diese Zwecke verwendet wird (8). Die Zugehörigkeit richtet sich nicht nach dem Willen des Steuerpflichtigen, sondern sie erfolgt nach objektiven Gesichtspunkten (9). Das gilt namentlich auch für die buchmässige Behandlung, die als bloss formales Kriterium nicht massgebend ist, wohl aber ein gewichtiges Indiz für die Zuteilung darstellen kann (10). Zum notwendigen Privatvermögen gehören die dem Pflichtigen persönlich dienenden Gegenstände wie Hausrat, Kleidungsstücke, Wohnungseinrichtung, persönliche Schmuck- und Kunstgegenstände, Liegenschaften, die er persönlich für Wohnzwecke benutzt (11).

C. Notwendiges Geschäftsvermögen

Dem notwendigen Geschäftsvermögen werden alle Wirtschaftsgüter zugeteilt, die nach ihren äusseren Beschaffenheit oder ihrem Wesen nur als Bestandteil der eigenen Unternehmung dienen (12). Dabei ist nach neuer Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Wehrsteuerrecht nicht mehr allein das Erwerbsmotiv ausschlaggebend, sondern dass der Gegenstand tatsächlich und unmittelbar dem Geschäft dient (13). Zu diesen Gegenständen zählen Verbrauchs- und Gebrauchsgüter, wie Hilfs- und Betriebsstoffe, Fabrik- und Werkgebäude, Maschinen etc. und Veräusserungsgüter, wie zum Verkauf bestimmte Waren und Fabrikate (14). Diese Güter erfüllen regelmässig eine bestimmte Funktion im Betriebsablauf.

8) Höhn, Steuerrecht, 169; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 23 zu § 19 lit. b StG; Altorfer, 51.

9) BGE 94 I 466, 102 Ia 242.

10) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 27 zu § 19 lit. b StG; Wehrsteuerentscheid in ASA 49 (1980), 74 und dort zit. Literatur.

11) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 23 zu § 19 lit. b StG; Altorfer, 52.

12) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 21 zu § 19 lit. b StG; Zuppinger, StR 31 (1976), 10.

13) BGE 94 I 466 f., 102 Ia 241.

14) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 21 zu § 19 lit. b StG; Altorfer, 41 ff.

D. Alternative Wirtschaftsgüter

Nun gibt es zahlreiche Wirtschaftsgüter, die ihrer Natur nach sowohl zum Privat- als auch zum Geschäftsvermögen gehören können. Diese alternativen Güter können nach ihrer äusseren Beschaffenheit oder ihrem Wesen dem Steuerpflichtigen sowohl zur selbständigen Erwerbstätigkeit sowie als Bestandteil seines Privatvermögens dienen (15). Zu dieser Gruppe zählen insbesondere Geldmittel, Wertpapiere und Liegenschaften.

Grundsätzlich kann der Steuerpflichtige natürlich selber entscheiden, welche Wirtschaftsgüter er für seine Erwerbstätigkeit und welche er für seinen privaten Bereich einsetzen will. Hingegen kann aber die steuerliche Abgrenzung zwischen dem Geschäfts- und Privatvermögen nicht allein nach seinem Willen erfolgen, wie dies nach älterer Auffassung noch möglich war (16). Nach heute herrschender Ansicht erfolgt die Zuteilung nach objektiven Kriterien und sie liegt nicht mehr allein im Ermessen des Pflichtigen. Entscheidend ist dabei die Gesamtheit der tatsächlichen Verhältnisse (17). Die unterschiedlichen Besteuerungsfolgen im Falle der Veräusserung der Aktien, die sich entsprechend der Zuteilung ergeben, verlangen eine klare Zuordnung und Trennung zwischen diesen beiden Vermögensgruppen (18).

E. Zuteilungsregeln für eine Aktienmehrheit

1. NACH DER HERKUNFT DER MITTEL

Die Zuteilung nach der Herkunft der Mittel, mit denen die Aktien gekauft wurden, ist kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Dieses Kriterium stiess in der Praxis bald auf Schwierigkeiten. Würde nämlich allein entsprechend

15) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 25 zu § 19 lit. b StG.

16) Deshalb findet man für diese Güter auch die Bezeichnung "gewillkürtes" Geschäftsvermögen. Vgl. auch Steinmann, 564.

17) BGE 70 I 261, 94 I 466; Masshardt N 116 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 26 zu § 19 lit. b StG.

18) Vgl. hinten, 113 ff.

der Herkunft entschieden, dann müsste ein Aktienpaket, das beispielsweise aus Geldmitteln einer verkauften Geschäftsliegenschaft erworben wurde, ohne weitere Prüfung der konkreten Umstände dem Geschäftsvermögen zugeteilt werden. Bereits in einem älteren Entscheid der Zürcher Oberrekurskommission wurden die erworbenen Aktien an einer branchenfremden Unternehmung dem Privatvermögen des Steuerpflichtigen zugewiesen, obwohl sie aus Geschäftsmitteln finanziert worden sind. Als Begründung wurde angeführt, dass ein geschäftlicher Zweck oder Nutzen für diesen Aktienerwerb nicht vorliege, vielmehr seien diese Mittel dem Geschäftszweck entfremdet worden (19). Aus der Zürcher Steuerpraxis stammt auch die Ueberlegung, dass Vermögensobjekte, die aus dem Betrieb hervorgegangen sind, Geschäftsvermögen darstellen (20). Dabei dachte man vor allem an Vermögenswerte, die im Geschäftsbetrieb erstmals entstanden sind.

Dieses Zuteilungskriterium wurde deshalb fallengelassen bzw. ihm nur noch subsidiäre Bedeutung zugemessen, weil "der Umstand, dass ein Vermögenswert mit Mitteln aus dem Geschäftsbetrieb erworben wurde, für sich allein genommen das Aktivum nicht zum Bestandteil des betreffenden Geschäftsvermögens werden lässt" (21). Tatsächlich entsteht beim Erwerb eines Vermögensobjektes aus Geschäftsmitteln nicht notwendigerweise wieder Geschäftsvermögen, allenfalls spricht eine gewisse Vermutung dafür (22). Letztlich muss aber darauf abgestellt werden, welchen Nutzen das betreffende Objekt für den Steuerpflichtigen konkret erfüllt. Durchaus denkbar ist die Finanzierung der Aktien aus Geschäftsmitteln mit anschliessender privaten Verwendung und Ueberführung ins Privatvermögen (23).

Die Grundsätze für die Zuteilung eines Vermögenswertes zum Geschäftsvermögen wurden nach ständiger Praxis des Bundesgerichtes dahingehend präzisiert,

19) RB 1945 Nr. 20.

20) RB 1960 Nr. 18, 1961 Nr. 38; Thalmann, 85.

21) BGE 94 I 467, 471. Vgl. auch Altorfer, 70 f.; Thalmann, 84 f.

22) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 31 zu § 19 lit. b StG.

23) Steuerrechtlich spricht man bei der Ueberführung eines Gegenstandes vom Geschäfts- in das Privatvermögen von der sog. Privatentnahme. Vgl. auch hinten, 104.

dass die massgebenden Abgrenzungskriterien im Erwerbsmotiv und in der anschliessenden Nutzung liegen (24).

2. DAS ERWERBSMOTIV

Bei diesem Kriterium stellt sich die Frage, für welchen Zweck der Käufer das Vermögensobjekt erworben hat. War ein geschäftlicher Zweck ausschlaggebend, dann wird das Objekt dem Geschäftsvermögen zugeteilt (25). Umgekehrt sind Anschaffungen für private Zwecke des Pflichtigen dementsprechend dem Privatvermögen zuzuweisen. Massgebend sind dabei die Verhältnisse, wie sie im Beurteilungszeitpunkt vorliegen (26).

Beteiligt sich ein Unternehmer, der in seinem Betrieb Maschinen produziert, beispielsweise an einer Handels- und Verkaufsgesellschaft, weil er deren Verkaufsorganisation für den Absatz seiner eigenen Produkte einsetzen will, dann ist das geschäftliche Erwerbsmotiv dominierend. Der geschäftliche Zweck dieses Beteiligungserwerbes ist ohne weiteres erkennbar, da er eine wirtschaftliche Beziehung zwischen seiner Unternehmung und dieser Gesellschaft herstellt (27).

Zudem besteht im Steuerrecht die Vermutung, dass Beteiligungen an brancheneigenen Unternehmungen oder an Unternehmungen, mit denen der Selbständig-erwerbende geschäftliche Beziehungen unterhält, Geschäftsvermögen darstellen (28). Schwieriger wird der Entscheid über die Zuteilung, sobald sich der Unternehmer an einer branchenfremden Gesellschaft beteiligt. In einem solchen Fall können nur die gesamten Verhältnisse Auskunft geben; insbesondere ist beim Entscheid über die Zuteilung in einem solchen Fall der Ge-

24) BGE 94 I 466, 102 Ia 241; Bundesgerichtsentscheid in ASA 49 (1980), 74. Vgl. dazu auch Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, EB N 28 zu § 19 lit. b StG.

25) Höhn, Steuerrecht, 169; Kaufmann, 115; Steinmann, 571; Thalmann, 86; Altorfer, 70.

26) Reimann/Zuppinger/Schärner N 28 zu § 19 lit. b StG.

27) So auch RB 1975 Nr. 34.

28) Reimann/Zuppinger/Schärner N 33 zu § 19 lit. b StG.

sichtspunkt "der anschliessenden Nutzung" in Rechnung zu stellen (29). Bei einem Kaufmann geht man allerdings davon aus, dass er den Erwerb aufgrund seiner spezifischen Fachkenntnisse im Zusammenhang mit seiner Unternehmertätigkeit ausgeführt habe, und die Beteiligung deshalb eher dem Bereich des Geschäftsbetriebes zuzuordnen wäre (30). Diese blossе Vermutung kann aber durch die konkreten Umstände widerlegt werden. So ist die Zugehörigkeit einer branchenfremden Beteiligung zum Geschäftsvermögen gegeben, wenn der Unternehmer die Diversifikation seiner bestehenden Unternehmung beabsichtigt. Meistens aber lässt sich die Zuteilung nicht nur nach dem Erwerbsmotiv vornehmen, sondern zusammen mit der Frage, ob die Beteiligung dem Geschäft tatsächlich dient (31).

3. WIRTSCHAFTLICHE NUTZUNG

Nach dem massgebenden bundesgerichtlichen Zuteilungskriterium spielt die tatsächliche geschäftliche oder private Verwendung der Beteiligung die entscheidende Rolle (32). Der Erwerbszweck muss im Zeitpunkt des Kaufes der Aktien nicht unbedingt schon feststehen, sondern es kann sich erst anschliessend erweisen, ob die Aktien allenfalls dem Geschäft dienen. Deshalb stellt sich in erster Linie die Frage, ob sie eine geschäftliche Verwendung finden. Die Aktien dienen dann dem Geschäft, wenn eine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen der Beteiligung an der Aktiengesellschaft und dem Geschäft des Steuerpflichtigen besteht (33). Unter diesem "Dienen" versteht sich auch eine lose Beziehung, die auch gegeben ist, wenn dieser geschäftliche Einsatz bloss nebensächlich oder in irgendeiner Form von Zusammen-

29) Vgl. hinten, 89.

30) Altorfer, 77.

31) Das ergibt sich auch aus dem Wortlaut der bundesgerichtlichen Formulierung des Abgrenzungskriteriums, wo es heisst, "dass die Gesamtheit der tatsächlichen Verhältnisse entscheidend sei", in: BGE 94 I 466. Vgl. auch Bundesgerichtsentscheid in ASA 49 (1980), 74.

32) Bundesgerichtsentscheid in ASA 49 (1980), 74. Vgl. auch RB 1974 Nr. 29, 1976 Nr. 39.

33) Bundesgerichtsentscheid in ASA 49 (1980), 74.

arbeit gegeben ist (34). Kann nach objektiven Gesichtspunkten diese Beziehung verneint werden, dann sind die Aktien dem Privatvermögen zuzuteilen. Der Erwerb dient somit der privaten Kapitalanlage und in seiner Funktion tritt der Steuerpflichtige als Verwalter seines privaten Vermögens auf. Der Kauf einer solchen Beteiligung als bloße Kapitalanlage freier Mittel dürfte wohl eher eine Ausnahme darstellen. Die Nutzung der Beteiligung für private Zwecke hätte der Unternehmer klar zum Ausdruck zu bringen. Es wäre durchaus möglich, auch vereinzelte Geschäfte als gewerbsmässig zu betrachten, sobald nämlich der Erwerb eine über die bloße Vermögensverwaltung hinausgehende selbständige Nebenerwerbstätigkeit darstellen würde (35). Grundsätzlich gilt noch zu beachten, dass eine richtig getroffene Zuteilung bei gleichbleibenden Verhältnissen sowohl für den Steuerpflichtigen als auch für die Steuerbehörde verbindlich ist (36).

Der Kauf oder Verkauf einer Aktienmehrheit dürfte wohl überwiegend aus geschäftlichen Interessen erfolgen. Eine Mehrheitsbeteiligung ermöglicht dem Unternehmer, diese Gesellschaft zu beherrschen und ganz seiner Zielsetzung unterzuordnen, weshalb sich eine geschäftliche Zusammenarbeit geradezu aufdrängt (37). In solchen Fällen dient diese Beteiligung wirtschaftlich der quantitativen oder qualitativen Erweiterung des Stammbetriebes und gehört somit zum Geschäftsvermögen (38). Der Selbständigerwerbende ist aber in der Abgrenzung seiner geschäftlichen Tätigkeit grundsätzlich frei und kann über den Einsatz seiner Mittel nach seinem Gutdünken verfügen. Eine Aktienmehrheit kann aber auch dem Privatvermögen angehören. Ein Steuerpflichtiger erwirbt durch Erbgang oder Erbteilung eine Mehrheitsbeteiligung. Gleich wäre zu entscheiden, wenn ein Arbeitnehmer die Aktienmehrheit seiner Arbeitgeberfirma besitzt. Als Unselbständigerwerbender verfügt er nur über Privatvermögen. Im allgemeinen werden aber, wie bereits erwähnt, erhöhte Anforderungen an das Verhalten des Unternehmers gestellt, indem diese Absicht, nämlich

34) Altorfer, 70; Steinmann, 571; Kaufmann, 115; vgl. jedoch BGE 94 I 467.

35) Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, EB N 3 zu § 19 lit. b StG; BGE 102 Ia 241 f. Vgl. auch hinten, 94.

36) Reimann/Zuppinger/Schärner N 35 zu § 19 lit. b StG.

37) Bundesgerichtsentscheid in ASA 49 (1980), 74; RB 1975 Nr. 34.

38) Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, EB N 33 zu § 19 lit. b StG; RB 1975 Nr. 34.

die Aktien für private Zwecke zu erwerben, schon beim Kauf erkennbar sein muss. Die Steuerbehörden wollen dadurch vermeiden, dass der Steuerpflichtige die Zuteilung der Aktienmehrheit einzig nach den steuerlichen Folgen ausrichtet.

In einer neueren Entscheidung hat das Bundesgericht klar ausgeführt, dass den Aktien dann Privatvermögensqualität zukommt, wenn der Erwerber das Geschäft "lediglich als Verwalter seines privaten Vermögens oder in Ausnützung einer zufällig sich bietenden Gelegenheit ohne eine eigentliche, auf Verdienst ausgerichtete Tätigkeit, erzielt hat" (39). In diesem Fall wurde der Verkauf der Aktienmehrheit im Zusammenhang mit der Erwerbstätigkeit des Steuerpflichtigen gesehen und nicht in seiner Funktion als Privatmann, da eine enge Beziehung zwischen dem ursprünglichen Erwerb der Aktien und seiner Firma bestand.

III. UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN BEWEGLICHEM UND UNBEWEGLICHEM VERMÖGEN

Die steuerrechtliche Abgrenzung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen folgt im grossen ganzen dem Zivilrecht. Vorbehalten bleiben ausdrückliche Sondervorschriften der Steuergesetze. Zum beweglichen Vermögen gehören Fahrnis, Barschaft, Postcheckguthaben, Bankguthaben, unversicherte und grundpfandgesicherte Forderungen, Obligationen, Aktien, Anteilscheine, Anteilscheine an Anlagefonds, Beteiligungen an Personengesellschaften.

Der steuerrechtliche Begriff des unbeweglichen Vermögens stellt in erster Linie auf die sachenrechtliche Bestimmung über das Grundeigentum in Art. 655 ZGB ab. Danach gelten als Grundstücke im Sinne des Zivilrechts Liegenschaften, im Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte, Bergwerke und Miteigentumsanteile an Grundstücken. Diesen sind steuerlich die Fahrnisbauten im Sinne von Art. 677 ZGB und die Zugehör im Sinne von Art. 644 und 645 ZGB gleichgestellt (40).

39) BGE 102 Ia 241.

40) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 87 zu § 6 StG.

Aus dieser Definition geht hervor, dass eine Aktienmehrheit dem beweglichen Vermögen zuzuordnen ist. Die Besteuerung des Kapitalgewinnes richtet sich deshalb auch nach der entsprechenden steuerrechtlichen Bestimmung. Eine wichtige Ausnahme bildet der Verkauf von Aktien einer Immobiliengesellschaft. In diesem Vorgang erblicken die meisten Steuergesetze unter bestimmten Voraussetzungen eine wirtschaftliche Handänderung der Grundstücke und erfassen deshalb die Gewinne mit der Grundstücksgewinnsteuer (41). Die romanischen Kantone behandeln zudem einzelne Aktien an Immobiliengesellschaften als Liegenschaftenanteile.

IV. ABGRENZUNGSPROBLEME

A. Abgrenzung gegenüber dem Vermögensertrag

Als Vermögensertrag wird der Wertzufluss verstanden, der ohne Veränderung der Vermögenssubstanz erzielt wird. Dieser Ertrag kann aus der Ueberlassung von beweglichen, unbeweglichen Sachen oder für Kapitalhingabe, als Zins oder Gewinnanteil entstehen. Steuerrechtlich stellt er immer Einkommen dar und wird von der ordentlichen Einkommenssteuer erfasst (42). Kapitalgewinne entstehen hingegen bei der Veräusserung oder Verwertung von Kapitalanteilsrechten, beispielsweise Verkauf oder Tausch, welche zu einem Kapitalverzehr führen. Somit stellt sich für die Unterscheidung die Frage, ob durch den Wertzufluss die Vermögenssubstanz sich ändert oder nicht (43).

Diese Unterscheidung kann nicht generell für alle Steuergesetze Gültigkeit haben. Vielmehr sind bei der Abgrenzung die jeweiligen Begriffe des Kapitalgewinnes und Kapitalertrages aus dem Gesetzestext auszulegen. Dabei kann festgestellt werden, dass in Steuergesetzen, welche die Kapitalgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen steuerfrei lassen, der Begriff Vermögensertrag extensiv und oftmals nach einer formalen Betrachtungsweise ausgelegt

41) Einzelheiten hinten, 151 ff.

42) Höhn, Steuerrecht, 196.

43) Zuppinger, StR 31 (1976), 12; Weidmann, StR 19 (1964), 139.

wird (44). Dies zeigt sich beispielsweise an der steuerlichen Behandlung der Einkünfte aus Beteiligungen an juristischen Personen, indem sie alle Leistungen der Gesellschaft, die den Gesellschaftern zukommen, wie Dividenden, Gratisaktien, Liquidationsgewinne etc., als Vermögensertrag beim Empfänger besteuern. Der Wehrsteuerbeschluss erfasst diese Wertzuflüsse als steuerbaren Ertrag nach Art. 21 Abs. 1 lit. c WStB (45). Andere Steuergesetze, welche die Kapitalgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen besteuern oder besteuert haben, nehmen die Abgrenzung aufgrund eines den wirtschaftlichen Begebenheiten angepassten Begriffes des Vermögensertrages vor. Die neueste Steuerrechtspraxis des Kantons Zürich behandelt Gratisaktien und Gratisnennwerterhöhungen nicht als Vermögensertrag, vorausgesetzt allerdings, dass die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln geschäftsmässig begründet ist (46). Ebenso behandelt im Kanton Zürich das Verwaltungsgericht in neuester Zeit die Liquidationsausschüttungen gleich wie Dividenden als Vermögensertrag und distanziert sich von der Kapitalgewinntheorie der Oberrekurskommission (47).

B. Abgrenzung gegenüber dem Erwerbseinkommen unselbständig- erwerbender Personen

Die Steuergesetze erklären das Arbeitseinkommen eines Unselbständigerwerbenden, das der Steuerpflichtige aus einem Arbeitsverhältnis erhält, als einkommenswirksam (48). Begrifflich kann aus Veräusserung oder Verwertung von Kapitalanteilen nie Erwerbseinkommen aus unselbständiger Tätigkeit entstehen. Einzig bei einem Wertschriftenhändler wäre dies theoretisch möglich, doch als Unselbständigerwerbender, beispielsweise als Wertschriftenhändler einer Bank, bezieht er aus dem Arbeitsverhältnis einen Lohn, welcher der ordentlichen Einkommenssteuer unterliegt.

44) Zuppinger, StR 31 (1976), 12.

45) BGE 83 I 278 = ASA 29 (1960/61), 76.

46) Zuppinger/Scharrer/Fessler/Reich, EB N 45a zu § 19 lit. c und d StG; RB 1974 Nr. 32 = StR 30 (1975), 220.

47) RB 1975 Nr. 35 = Zbl 77 (1969), 313 = StR 31 (1976), 165; Zuppinger/Scharrer/Fessler/Reich, EB N 54 zu § 19 lit. c und d StG.

48) Reimann/Zuppinger/Scharrer N 1 ff. zu § 19 lit. a StG; Weidmann, StR 19 (1964), 139.

C. Abgrenzung gegenüber dem ordentlichen Betriebseinkommen

1. EINKOMMEN AUS ERWERBSTÄTIGKEIT

Grundsätzlich ist unter dem Begriff des Betriebseinkommens das aus selbständiger Erwerbstätigkeit erzielte Einkommen zu verstehen. Selbständigerwerbend ist eine natürliche Person, die in einer frei gewählten Organisation eine nach aussen tretende Tätigkeit ausübt, die auf eine Einkommenserzielung ausgerichtet ist (49). Dieses Einkommen ist ein Vermögensstandsgewinn, der als Reingewinn in der Erfolgsrechnung beim Buchführungspflichtigen und in der Einkommensberechnung beim Nichtbuchführungspflichtigen erscheint (50). Es entspricht dem Differenzbetrag zwischen dem Eigenkapital einer Unternehmung am Anfang und am Schluss einer Bemessungsperiode (54). Dieser Betrag ist allenfalls im Umfang der Privatentnahmen zu vermehren bzw. um die Privateinlagen zu vermindern. Die nach den handelsrechtlich anerkannten kaufmännischen Grundsätzen erstellte Bilanz (52) wird nach Massgabe der steuerrechtlichen Bilanzierungsgrundsätze korrigiert (53). Für die Ermittlung des steuerbaren Reingewinnes kann schon deshalb nicht einzig auf die Handelsbilanz abgestellt werden, da sie eine weitgehende verdeckte Reservebildung ermöglicht, wodurch das Ergebnis der Erfolgsrechnung verschlechtert wird (54). Bemessungsgrundlage für die Gewinnberechnung ist somit die Einkommenssteuerbilanz.

49) Reimann/Zuppinger/Schärner N 1 ff. zu § 19 lit. b StG.

50) Reimann/Zuppinger/Schärner N 57 ff. zu § 19 lit. b StG.

51) Blumer/Graf, 400; Reimann/Zuppinger/Schärner N 16 f. zu § 19 lit. b StG.

52) Art. 959 OR. Vgl. auch vorne, 52 f.

53) Blumer/Graf, 398 f.; Reimann/Zuppinger/Schärner N 436 ff. zu § 19 lit. b StG.

54) Blumer/Graf, 398.

2. INSBESONDERE EINKOMMEN AUS GEWERBSMÄSSIGEM WERTSCHRIFTENHANDEL

Zum Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit gehört auch das Einkommen aus gewerbsmässigem Wertschriftenhandel. Unter Wertschriftenhandel ist der Kauf und Verkauf von Wertpapieren zu verstehen, der nicht im Rahmen einer bloss privaten Vermögensverwaltung, sondern einer planmässigen und in Gewinnabsicht betriebenen Erwerbstätigkeit ausgeführt wird (55). Oftmals fehlt dieser Tätigkeit aber die einer echten Handelstätigkeit wesentliche Gütervermittlung zwischen Anbieter und Abnehmer, weil der Selbständigerwerbende eigentlich nur seiner Bank laufend Aufträge zum Ankauf und Verkauf bestimmter Wertpapiere gibt (56). Diese Einwendung vermag aber eine gewerbsmässige Tätigkeit nicht auszuschliessen, wenn auch von den Steuerbehörden diesbezüglich zurückhaltend veranlagt wird. Der Wertschriftenhandel braucht nicht aus hauptberufliche Tätigkeit ausgeübt zu werden, vielmehr kann er auch als vereinzelt Geschäft Teil einer Erwerbstätigkeit sein, wenn er mit einer andern auf Erwerb gerichteten Tätigkeit in Verbindung steht (57).

Die Abgrenzung zwischen der privaten Vermögensverwaltung und dem gewerbsmässigen Wertschriftenhandel kann nur anhand der konkreten Verhältnisse des Einzelfalles bestimmt werden. Immerhin sprechen als Indizien für das Vorliegen eines gewerbsmässigen Wertschriftenhandels Umstände, wie Unterhalten eines Büros oder einer Organisation zur Durchführung der Geschäfte, regelmässige Börsenbesuche, Anbieten von Wertpapiergeschäften einer breiteren Öffentlichkeit gegenüber, Finanzierung von Wertpapiergeschäften mit Kredit, Ausnutzung eines bestimmten Marktes unter Einsatz von beruflichen Erfahrungen und andere bei einer privaten Kapitalnutzung unübliche Verhaltensweisen (58).

55) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 3 zu § 19 lit. b StG.

56) Känzig, Wehrsteuer, N 31 zu Art. 21 Abs. 1 lit. a WStB.

57) Vgl. hierzu BGE 102 Ia 241.

58) Vgl. Urteil des Bundesfinanzhofes der Bundesrepublik Deutschland vom 4. März 1980, besprochen in: An- und Verkauf von Wertpapieren - wann Gewerbebetrieb und wann bloss Vermögensverwaltung, ASA 49 (1981), 474 ff.

V. DER VERÄUSSERUNGSGEWINN

A. Begriff

Der Veräußerungsgewinn ist der realisierte Mehrwert auf Aktien. Mit dem Ausdruck Mehrwert wird die ohne Zutun des Steuerpflichtigen entstandene Wertsteigerung bezeichnet. Der realisierte Mehrwert der Aktien gehört in die Kategorie der Kapitalgewinne (59).

Die steuerrechtliche Zugehörigkeit des Veräußerungsgewinnes in die Kategorie der Kapitalgewinne ergibt sich aus der Tatsache, dass dieses Einkommen als Wertzuwachs der Aktien durch äussere Ereignisse und Zustände (60) und unter Preisgabe der Substanz (61) entsteht. Somit ist der Veräußerungsgewinn auf Aktien das Objekt der Kapitalgewinnbesteuerung (62). Steuerrechtlich wird dieser Zufluss nicht durch das Erwerbs-, Ertrags- oder Gynusseinkommen erfasst, sondern es handelt sich bei diesem Gewinn um einen Zuwachsgewinn, der bei der Veräußerung eines beweglichen Vermögensgegenstandes des Steuerpflichtigen realisiert wird. Auf der einen Seite nimmt das Vermögen durch das Ausscheiden der Aktien ab. Diese Abnahme der Aktiven des Steuerpflichtigen erscheint nur kurzfristig, denn als Entgelt für die Aktien fliesst ihm ein anderes Vermögensojekt zu. Nehmen aus diesem Umsatzgeschäft die Aktiven des Steuerpflichtigen zu, dann hat er einen Gewinn realisiert. Dieser Mehrwert ist die materielle Voraussetzung der Besteuerung des Veräußerungsgewinnes (63). Allein dieser Wertzuwachs vermag noch keine Steuer auszulösen, da eine Steuerpflicht erst durch den im Erlös liegenden Gewinn entsteht und nicht schon in der Wertsteigerung an sich (64). Erst

59) Höhn, Steuerrecht, 224.

60) Blumenstein, System, 152 f.

61) Vgl. vorne, 90 f.

62) In der Steuerrechtsliteratur gibt es verschiedene Begriffe des Kapitalgewinnes. Für viele Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 74 f.; ders., Steuerrecht, 224 ff.; Zuppinger, StR 31 (1976), 4 ff.; Oesch M., 81.

63) Neben dieser Voraussetzung kommt noch die Realisation hinzu, vgl. hinten, 102 ff.

64) Sobald natürlich der Steuerpflichtige in der Buchhaltung eine Wertanpassung vornimmt, welche von der Steuerbehörde angenommen wird, ergeben sich steuerliche Konsequenzen; vgl. hinten, 103.

der realisierte Mehrwert wird steuerwirksam (65). In dieser Tatsache liegt ein grundlegendes Merkmal der Kapitalgewinnsteuer.

B. Berechnung des Gewinnes auf Objekten des Privatvermögens

1. BEGRIFF

Der steuerbare Veräußerungsgewinn berechnet sich aus dem Unterschied zwischen den Anlagekosten und dem Erlös der Aktien. Ein Gewinn liegt nur insoweit vor, als der Steuerpflichtige aus dem Veräußerungsgeschäft der Aktien bereichert worden ist, mit andern Worten, solange der Verkaufserlös die Anlagekosten übersteigt.

2. ANLAGEKOSTEN

Die Anlagekosten setzen sich aus dem seinerzeit entrichteten Erwerbspreis und den anrechenbaren Aufwendungen zusammen (66). Beim entgeltlichen Erwerb gilt der für die Aktien tatsächlich bezahlte Kaufpreis als massgebender Erwerbspreis. Bei teilweise unentgeltlichem Erwerb wird als Erwerbspreis der Verkehrswert im Zeitpunkt des Erwerbes angenommen (67). Für den unentgeltlichen Erwerb (Schenkung, Erbvorbezug) wurde ebenfalls der Verkehrswert im Zeitpunkt des Erwerbes für massgebend erklärt (68). Bei der Berechnung des Verkehrswertes ist auf jenen Wert abzustellen, den man damals für das Aktienpaket im gewöhnlichen Geschäftsverkehr hätte bezahlen müssen (69). Für an der Börse gehandelte Aktien ist der Kurswert, für nichtkотиerte und auch nicht regelmässig ausserbörslich gehandelte Titel der innere Wert massgebend.

65) Vgl. hinten, 102.

66) Zuppinger, StR 31 (1976), 50; Höhn, Steuerrecht, 224.

67) Reimann/Zuppinger/Schärner N 85 zu § 23 StG; anderer Ansicht Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 173 f.

68) Reimann/Zuppinger/Schärner N 84 zu § 23 StG.

69) Vgl. die Ausführungen von Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 164 ff.

Zum Erwerbspreis kann der Steuerpflichtige die anrechenbaren Aufwendungen hinzurechnen. Als anrechenbare Aufwendungen gelten die mit dem Aktienerwerb unmittelbar verbundenen Nebenkosten, wie beispielsweise Börsenstempel, Börsengebühr und Bankkommission (70). Hinzu kommen die zusätzlichen Leistungen während der Besitzesdauer. So werden als anrechenbare Aufwendungen die Einzahlung des non-versé und Kapitalzuschüsse, wie Einzahlungen auf Reserve, Uebernahme von Verlusten oder Schulden der Gesellschaft durch den Aktionär zugelassen (71). Sobald diese Einlagen aus den Mitteln der Gesellschaft und nicht denjenigen des Aktionärs bezahlt werden, können sie nicht zu den Anlagekosten gerechnet werden. Die Verwaltungskosten und die Kosten der Kapitalbeschaffung fallen nicht unter die anrechenbaren Aufwendungen, wenn die Aktien mit fremden Mitteln erworben worden sind (72).

3. ERLOES

Der Erlös stellt denjenigen Betrag dar, den der Steuerpflichtige bei der Veräußerung eines Objektes erzielt. Dieser Betrag entspricht in der Regel dem im Kaufpreis vereinbarten Verkaufspreis für die Aktienmehrheit. Massgebend ist die Gesamtheit aller Leistungen, die der Veräußerer anlässlich der Uebertragung der Aktien erhält. Auf diese Weise werden auch die neben dem Kaufpreis und effektiv bezahlten Preis vereinbarten zusätzlichen Nebenleistungen erfasst. Dazu gehören beispielsweise Naturalleistungen, die Einräumung von Rechten, Uebernahme von Schulden etc. Bei Tauschgeschäften wird auf den vereinbarten Uebernahmepreis abgestellt, allerdings mit dem Vorbehalt, dass dieser nicht vom Verkehrswert abweicht.

Zu den Kosten der Veräußerung von Aktien, die den Erlös schmälern, zählen die üblichen Aufwendungen wie Börsenstempel, Börsengebühr und Bankkommission.

70) Reimann/Zuppinger/Schärner N 98 zu § 23 StG; Zuppinger, StR 31 (1976), 50.

71) Reimann/Zuppinger/Schärner N 100 zu § 23 StG.

72) Reimann/Zuppinger/Schärner N 100 ff. zu § 23 StG.

4. VERÄUSSERUNGSGEWINN

Der Veräusserungsgewinn besteht in der Differenz zwischen dem Erlös und den Anlagekosten. Der Steuerpflichtige muss bei der entgeltlichen Veräusserung der Aktienmehrheit in der Höhe des Gewinnes bereichert sein. Deshalb stellt die unentgeltliche Veräusserung keinen Anwendungsfall einer Kapitalgewinnbesteuerung dar, weil sie zu keiner Realisation des Mehrwertes führt (73). Bei gemischten Rechtsgeschäften, in denen die Veräusserung der Aktien entgeltlich und unentgeltlich vereinbart wird, unterliegt nur der entgeltliche Teil der Kapitalgewinnbesteuerung, während der unentgeltliche als Schenkung besteuert wird (74).

C. Berechnung des Gewinnes auf Objekten des Geschäftsvermögens

1. BEGRIFF

Der Gewinn besteht in der Differenz zwischen dem Anschaffungs- bzw. Buchwert und dem Verkaufserlös.

2. ANSCHAFFUNGSWERT

a) Anschaffungs- und Nebenkosten

Der Anschaffungswert entspricht dem Wert aller Leistungen, die vom Steuerpflichtigen für den Erwerb der Beteiligung erbracht worden sind (75). Zu diesen Leistungen gehören der Erwerbspreis für die Aktien sowie die mit diesem Kauf verbundenen Nebenkosten.

Der steuerlich massgebende Kaufpreis umfasst neben den geldmässigen Aufwen-

73) Sie ist allerdings Gegenstand der Schenkungssteuer.

74) Reimann/Zuppinger/Schärner N 22 zu § 23 StG.

75) Reimann/Zuppinger/Schärner N 141 zu § 19 lit. b StG.

dungen auch alle geldwerten Verpflichtungen, die der Pflichtige in Anrechnung an den Erwerbspreis übernommen hat (76). Zu den Anschaffungskosten zählen ebenfalls die Nebenkosten. Sie bestehen aus Aufwendungen, die durch das Erwerbsgeschäft verursacht wurden, nämlich die Maklerprovision, Bankengebühren, Handänderungssteuer bei Aktien von Immobiliengesellschaften sowie auch die für den Verkäufer übernommene Grundstückgewinnsteuer und die eidgenössische Emissionsabgabe (77).

Ebenfalls zu den Anschaffungskosten einer Beteiligung gehören die weiteren Leistungen, die zur Erhaltung bzw. zur Verhinderung einer Entwertung des Beteiligungswertes erbracht werden (78). So sind Zuschüsse an die Gesellschaft, die der Steuerpflichtige durch seine Beteiligung beherrscht, als Anlagekosten der betreffenden Beteiligungsrechte aktivierungspflichtig (79). Sie stellen geschäftsmässig begründete und somit anrechenbare Aufwendungen dieser Beteiligung dar.

b) Abschreibungen

Im Unterschied zu Aktien im Privatvermögen können auf Beteiligungen des Geschäftsvermögens Abschreibungen vorgenommen werden. Abschreibungen sind nämlich einkommenssteuerrechtlich nur zulässig an Wirtschaftsgütern, die dem Steuerpflichtigen nach den steuerlichen Zuteilungsregeln als Geschäftsvermögen dienen (80). Sie ermöglichen die Bewertung eines aktiven Wirtschaftsgutes zu einem tieferen Buchwert als der Anlagewert darstellt. Dieser Vorgang bewirkt die gewinnschmälernde Herabsetzung des Steuerwertes der Beteiligung auf den geschäftsmässig massgebenden Bilanzwert (81). Die Abschreibungen gleichen somit die Wertverminderungen der Aktien aus, die während einer Bemessungsperiode eingetreten sind, indem sie die wertmässige

76) Reimann/Zuppinger/Schärner N 142 zu § 19 lit. b StG.

77) Reimann/Zuppinger/Schärner N 143 zu § 19 lit. b StG; Blumer/Graf, 109.

78) Reimann/Zuppinger/Schärner N 26 zu § 45 StG.

79) Reimann/Zuppinger/Schärner N 132 zu § 19 lit. b StG.

80) Reimann/Zuppinger/Schärner N 183 zu § 19 lit. b StG.

81) Reimann/Zuppinger/Schärner N 181 zu § 19 lit. b StG; vgl. hierzu auch Blumer/Graf, 115 ff.

Anpassung des Beteiligungswertes auf dem massgebenden Buchwert gestatten. Voraussetzung ist allerdings, dass sie geschäftsmässig begründet sind und zudem offen verbucht werden (82). Geschäftsmässig nicht begründete Abschreibungen können einkommens- und ertragssteuerrechtlich nicht als Wertverminderung geltend gemacht werden. Sind vom Steuerpflichtigen dennoch Abschreibungen geltend gemacht worden, so wird nach Wehrsteuerrecht und Zürcher Steuergesetz die Differenz zwischen den verbuchten und den zulässigen Abschreibungen dem in der Erfolgsrechnung ausgewiesenen Gewinn zugerechnet (83).

Der Einkommenssteuerwert gilt solange als massgebender Anschaffungswert, bis der ausgewiesene, um die Abschreibungen angepasste Buchwert von den Steuerbehörden akzeptiert wird. Sobald die Wertverminderung im Umfang der vorgenommenen Abschreibungen genehmigt ist, wird dieser Buchwert zum steuerlich massgebenden Anschaffungswert (84). Einmal anerkannte Abschreibungen sind endgültig. Später eintretende Wertsteigerungen kann der Fiskus nicht durch eine entsprechende Wertanpassung des Aktivwertes korrigieren. Auf diese Weise können mit der Zeit stille Reserven auf der Beteiligung entstehen, die der Steuerpflichtige erst bei der Veräusserung oder allenfalls schon bei einer vorher vorgenommenen buchmässigen Aufwertung realisiert. Die steuerlich zugelassenen Abschreibungen sind in dem Zeitpunkt, in welchem sie realisiert werden, als wiedereingebrachte Abschreibungen einkommenssteuerbar. Dies hat zur Folge, dass der Steuerpflichtige bei der Veräusserung einen um die Abschreibungen "höheren" Gewinn realisiert. Die Abschreibungen ergeben eine grössere Differenz zwischen dem Verkaufserlös und dem massgebenden Buchwert der Beteiligung, was sich bei der progressiven Einkommensbesteuerung nachteilig auswirkt. Ebenfalls bei der Ueberführung der Aktien vom Geschäfts- in das Privatvermögen muss über die zugelassenen Abschreibungen abgerechnet werden. Die Privatentnahme führt nämlich als Realisationstatbestand zur Besteuerung der wiedereingebrachten Abschreibungen.

82) Reimann/Zuppinger/Schärner N 187 f. zu § 19 lit. b StG.

83) Masshardt N 32 zu Art. 49 Abs. 1 lit. e WStB; Reimann/Zuppinger/Schärner N 125 zu § 45 StG.

84) Reimann/Zuppinger/Schärner N 181 zu § 19 lit. b StG; Blumer/Graf, 438 f.

3. ERLOES

Der Erlös stellt denjenigen Betrag dar, den der Steuerpflichtige beim Ausscheiden eines Vermögensobjektes aus dem Geschäftsvermögen erzielt. Dieser Erlös deckt sich in der Regel mit dem beim Verkauf einer Aktienmehrheit realisierten Verkaufspreis. Als erlösmindernde Aufwendungen können die Verkaufskosten, wie Verkaufsspesen, Vermittlungsprovisionen, Insertionskosten etc. in Abzug gebracht werden (85).

4. VERAEUSSERUNGSGEWINN

Die Differenz zwischen dem Erlös und dem Buch- bzw. Einkommenssteuerwert im Zeitpunkt der Veräußerung ergibt den Veräußerungsgewinn (86). Dieser Gewinn wird nicht getrennt erfasst, sondern dem ordentlichen Betriebseinkommen zugerechnet und als Einkommen bzw. Ertrag besteuert (87).

85) Zuppinger, StR 31 (1976), 58.

86) Känzig, ASA 34 (1965/66), 94.

87) Einzelheiten hinten, 132 ff.

§ 7 REALISATION DES VERÄUSSERUNGSGEWINNES

I. BEGRIFF UND WESEN

Die Realisation ist das formelle Element der Besteuerung des Veräußerungsgewinnes einer Aktienmehrheit. Durch den Realisationsvorgang wird die angewachsene Wertsteigerung der Aktien in einen Vermögenszufluss in Form von Geld oder einer anderen geldwerten Leistung umgewandelt (1). Dieser Mehrwert ist im Vermögen des Steuerpflichtigen bereits früher entstanden, er ist latent vorhanden, was aber noch keine Steuerpflicht rechtfertigt. Erst bei der Umwandlung dieser Wertzunahme in einen anderen Wertzufluss entsteht der steuerlich relevante Tatbestand. Diese Tatsache ist ein wesentliches Merkmal der Kapitalgewinnbesteuerung und schafft oftmals Schwierigkeiten in der Anwendung, die eben erst eine Besteuerung der realisierten Gewinne zulässt.

Für die Realisation müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- das Ausscheiden eines Vermögensobjektes aus dem Gesamtvermögen des Steuerpflichtigen und
- ein Anspruch auf eine Gegenleistung (2).

1) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 75 ff.; ders., StR 12 (1957), 136 f.; Gutachten 1970, 131; Oesch M., 108.

2) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 82; Oesch M., 109; David, 198; Känzig, Unternehmungskonzentration, 94, führt als dritte Voraussetzung für die Realisation eines Objektes des Geschäftsvermögens zusätzlich die wirtschaftlich freie Verfügbarkeit über die Gegenleistung an. Diese weitere Bedingung ist in der Praxis allerdings umstritten.

II. REALISATIONSTATBESTÄNDE

A. Entgeltliche Veräusserung

Als Realisationstatbestände kommen die entgeltlichen Veräusserungs- oder Verwertungshandlungen des Eigentümers der Aktienmehrheit in Betracht. Die Aktien scheiden aus seinem Vermögen aus und er erhält dafür eine Gegenleistung. Solche Realisationsvorgänge sind der Verkauf, Tausch, Expropriation, Sacheinlagen (3).

B. Buchmässige Realisation

Gehört die Aktienmehrheit zum Geschäftsvermögen, dann erfährt der Realisationsbegriff im Rahmen des Unternehmungssteuerrechtes eine Ausdehnung auf die buchmässigen Vorgänge innerhalb des Vermögens. Die handelsrechtlich erlaubte buchmässige Aufwertung eines Vermögensobjektes der Unternehmung hat regelmässig die Besteuerung der aufgelösten stillen Reserven zur Folge (4). Diese entsprechende Bestimmung ist sowohl im Wehrsteuerbeschluss als auch im Zürcher Steuergesetz vorgesehen (5). Obwohl dem Steuerpflichtigen kein Gewinn zufließt, wird diese Aufwertung als buchmässige Realisation eines Mehrwertes behandelt.

3) Vgl. vorne, 33 f.; Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 87 ff.; Oesch M., 109; Zuppinger, StR 31 (1976), 49, 57.

4) Masshardt N 136 zu Art. 21 Abs. 1 lit. f WStB; Reimann/Zuppinger/Schärner N 366 zu § 19 lit. b StG.

5) Art. 21 Abs. 1 lit. f WStB; ZH § 19 lit. b StG.

C. Privatentnahme

Anlässlich der Ueberführung eines aktiven Wirtschaftsgutes vom Geschäftsvermögen ins Privatvermögen findet keine Veräusserung statt. Trotzdem stellt im Einkommenssteuerrecht die Privatentnahme einen steuertechnischen Realisationsvorgang dar (6). Der Steuerpflichtige erzielt allerdings keinen geldmässigen Gewinn, aber er realisiert einen Mehrwert in der Höhe der Differenz zwischen dem Anlagewert und dem Buchwert. Deshalb ist bei der Privatentnahme stets über die stillen Reserven abzurechnen (7).

III. VERAUSSERUNGEN OHNE REALISATION

Die unentgeltliche Veräusserung eines Objektes führt zu keiner Realisation und begründet deshalb auch keine Steuerpflicht. Auf der Vermögensseite des Steuerpflichtigen entsteht durch diese unentgeltliche Uebertragung kein Wertzufluss, sondern das Objekt wird zusammen mit dem angewachsenen Mehrwert veräussert (8). Solche unentgeltlichen Veräusserungshandlungen sind Handänderungen zufolge Schenkungen, Erbvorbezuges oder Erbfolge (9).

6) Höhn, Steuerrecht, 188.

7) Vgl. vorne, 99 f.

8) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 107; Oesch M., 109.

9) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 107 ff.; Blöchliger, 217 ff.; Oesch M., 109.

IV. AKTIENTAUSCH ALS REALISATIONSTATBESTAND

A. Steuerbare und steuerfreie Tauschgeschäfte

1. STEUERBARE TAUSCHGESCHÄFTE

Der Tausch von Vermögensobjekten wird nach unbestrittener Lehre und Praxis als steuerwirksamer Realisationstatbestand betrachtet. Die Aktien scheiden aus dem Gesamtvermögen des Steuerpflichtigen aus und er erhält eine Gegenleistung. Sie wird nicht in Form von Geld, sondern von Aktien erbracht. Diese geldwerte Gegenleistung ist entscheidend für die Annahme einer Realisation, denn es ist steuerrechtlich grundsätzlich unbedeutend, ob diese Gegenleistung in Form von Geld oder geldwerten Surrogaten erbracht wird. Der auf den eingetauschten Aktien angewachsene Mehrwert wird dann realisiert, wenn er im empfangenen Objekt eine neue Verkörperung in verschiedener Form findet (10). Das weggegebene Vermögensobjekt ist mit dem empfangenen nicht identisch (11). Dieses Vorgehen entspricht dem verwendeten Realisationsbegriff, der die steuerwirksame Voraussetzung als erfüllt sieht, sobald der Mehrwert in einem anderen Vermögensobjekt verkörpert ist. Das Gewinnsteuerrecht stellt in diesem Sinn den Tausch nicht identischer Objekte dem Verkauf steuerlich gleich, denn solche Tauschgeschäfte stellen nichts anderes als eine entgeltliche Veräußerung dar. Diese Voraussetzungen dürften in der Regel erfüllt sein, und nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen findet beim Tausch keine Realisation statt.

2. STEUERFREIE TAUSCHGESCHÄFTE

Nun gibt es aber auch Tauschgeschäfte, die nach anerkannter Steuerrechtslehre zu keiner Realisation des Mehrwertes führen. Darunter fallen diejenigen Tauschgeschäfte, die einen Tausch identischer Objekte oder eine Ersatzbeschaffung darstellen.

10) Gutachten 1970, 131; Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 88.

11) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 88.

a) Wirtschaftliche Identität der ausgetauschten Aktien

Ein Tauschgeschäft führt zu keiner Realisation, wenn das empfangene Vermögensojekt identisch ist mit dem weggegebenen (12). Massgebendes Kriterium ist also die Identität zwischen den ausgetauschten Objekten, weil dann der Mehrwert nicht in einen Zufluss umgewandelt wird, sondern dieser tritt im eingetauschten Objekt in gleicher Form auf.

Streng genommen bedeutet Identität die völlige Gleichheit zweier Objekte, eine Bedingung, die konkret kaum erfüllt werden dürfte (13). Deshalb kommt es nicht auf die körperliche, sondern auf die wirtschaftliche Identität an. Eine wirtschaftliche Identität liegt vor, wenn zwei Objekte "objektiv feststellbar die gleichen spezifischen Funktionen im Vermögen des Steuerpflichtigen erfüllen" (14). Massgebend ist der innere Gehalt, das Wesen der beiden Tauschobjekte (15). Mit anderen Worten: Dieser Tauschvorgang ist eigentlich eher die positive Umschreibung der Nichtrealisation, da nämlich die erste Kapitalanlage in der zweiten fortgesetzt wird, ja sogar für die Fortführung der Kapitalbeteiligung notwendig ist (16). Begriffe wie Gleichwertigkeit, Gleichartigkeit oder etwa Funktionsgleichheit der Tauschobjekte werden verwendet, um festzustellen, ob im konkreten Fall diese Voraussetzung der wirtschaftlichen Identität erfüllt ist (17). Steuerrechtlich ergibt sich daraus die Konsequenz, dass der bisherige Einkommens- oder Ertragssteuerwert der Aktien unverändert fortgeführt wird (18). Somit muss der Tausch aufgrund der Buchwerte und nicht nach einer Bewertung der Unternehmung oder ihrer Anteile vorgenommen werden. Zum gleichen Resultat kommt man, wenn der Anschaffungswert oder Tauschpreis der neuen Beteiligung im Umfang der stillen Reserven auf der ersten Beteiligung gekürzt wird (19).

12) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 90; Gutachten 1970, 131.

13) Z.B. die Ausgabe neuer Aktienurkunden.

14) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 91; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 37 zu § 23 StG; Gutachten 1970, 131.

15) Gutachten 1970, 135.

16) Gutachten 1970, 132, 158.

17) Vgl. Oesch M., 113.

18) Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, EB N 93 zu § 19 lit. b StG.

19) Masshardt N 101 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB.

b) Ersatzbeschaffungstatbestände

In neuester Zeit findet sich in der Literatur und Praxis für die Abgrenzung der steuerfreien Tauschgeschäfte immer mehr die Ersatzbeschaffungstheorie. Ursprünglich lag die steuerfreie Ersatzbeschaffung eines Objektes vor, wenn dieses durch ein Naturereignis zerstört wurde oder durch eine tatsächliche oder drohende Enteignung veräußert werden musste (20). Die Steuerbehörden sehen unter diesen Voraussetzungen von einer Ertragsbesteuerung der stillen Reserven ab und gewähren die gewinnsteuerfreie Uebertragung des Mehrwertes auf die Ersatzanschaffung. Die Anerkennung dieser steuerfreien Uebertragung wird allerdings mit der Bedingung verknüpft, dass das angeschaffte Ersatzgut die gleiche technische oder wirtschaftliche Funktion wie das untergegangene oder veräußerte Gut übernimmt (21). Allerdings besteht zwischen diesen steuerfreien Ersatzbeschaffungen und den Realisationstatbeständen keine klare Abgrenzungslinie. Bis anhin wurde die Ersatzbeschaffung nur für jene Fälle gewährt, die durch ein Naturereignis oder durch Zwang bedingt waren. Diese strenge Handhabung ist durchaus geboten, wollte die Steuerbehörde nicht Gefahr laufen, dem Pflichtigen hier den Weg einer steuerfreien Realisation von Kapitalgewinnen zu ermöglichen.

In der Praxis ergeben sich oftmals erhebliche Probleme, gerade im Fall des Zwanges, festzustellen, ob die Voraussetzungen auch wirklich erfüllt seien. In einem gewissen Sinne ist der Steuerpflichtige in seinen Handlungen immer einem Zwang, meistens einem wirtschaftlichen Zwang, ausgesetzt und er wird versuchen, dieses Argument "gewinnbringend" ins Feld zu führen. In ihrem Gutachten ist die Expertenkommission der Organisation privater Aktiengesellschaften ebenfalls auf dieses Problem näher eingegangen (22). Sie ist mehrheitlich zum Schluss gekommen, dass ein Aktientausch, der aufgrund eines vertraglichen Zusammenschlusses zweier Gesellschafter erfolgt, den Tatbe-

20) Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, EB N 93a zu § 19 lit. b StG; Masshardt N 101 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB; Wehrsteuerentscheid des Bundesgerichtes betr. Liegenschaften in ASA 46 (1977/78), 394; Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 92; Oesch M., 115.

21) Känzig, Wehrsteuer EB, N 106 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d StG; Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, EB N 93a zu § 19 lit. b StG.

22) Gutachten 1970, 136 ff., 157 ff.

stand der Realisation nicht erfüllt und eine steuerfreie Behandlung rechtfertigte. Begründet wird diese steuerliche Konsequenz damit, dass die Unfreiwilligkeit des Umtausches, also der Zwang, dazu geeignet sei, die Identität der beiden Vermögensojekte erkennen zu lassen (23). Faktisch besteht in dieser Situation, indem durch die Gesellschaftsorgane ein Zusammenschlussvertrag vereinbart wurde, für den einzelnen Aktionär der übernommenen Gesellschaft keine andere Wahl, als in diesen Tausch einzuwilligen. Die steuerfrei anerkannten Tauschvorgänge von Aktien beruhten immer auf einem Umwandlungsbeschluss der Gesellschaften. Sobald der Aktionär seine Aktien "privat" austauscht, dann trifft er seine Entscheidung unabhängig von einem Gesellschaftsbeschluss entsprechend seinen eigenen wirtschaftlichen Überlegungen. Ein solcher Tausch ist ein rein individualrechtliches Geschäft zwischen der übernehmenden Gesellschaft als Erwerberin und dem Aktionär, der steuerrechtlich zur Realisation des Aktienmehrwertes führt (24). Ergänzend wäre noch darauf hinzuweisen, dass heute allerdings eine Tendenz zur Ausweitung der Ersatzbeschaffungstheorie festzustellen ist (25). Der Entwurf zu einem Rahmengesetz für die Steuerharmonisierung schreibt denn auch die Erfolgsneutralität für die Ersatzbeschaffung zwingend vor.

B. Ergebnis

Im Gegensatz zu den steuerbaren Tauschgeschäften (26) führen die steuerfreien Tauschvorgänge zum Aufschub der Besteuerung. Steuerrechtlich ergibt sich daraus die Konsequenz, dass diese Mehrwerte dem Fiskus nicht entgehen, sondern anlässlich einer späteren, steuerbaren Realisation erfasst werden (27). Deshalb muss die zweite Beteiligung zum gleichen Einkommens- oder Ertragssteuerwert wie die ursprüngliche Beteiligung übernommen werden (28).

23) Gutachten 1970, 137.

24) Gutachten 1970, 146 f.

25) Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, EB N 93a zu § 19 lit. b StG; Gutachten 1970, 157.

26) Ueber die steuerlichen Folgen vgl. hinten, 113 ff.

27) Höhn, Kapitalgewinnbesteuerung, 94, 145.

28) Vgl. vorne, 105 f.

Dieser blosse Steueraufschub mindert die Bedeutung dieser "steuerfreien" Tauschvorgänge in der Praxis erheblich.

V. AKTIENMEHRHEIT IM TAUSCH GEGEN AKTIEN

A. Würdigung nach den steuerbefreienden Kriterien

1. FEHLEN DER WIRTSCHAFTLICHEN IDENTITÄT

Die wirtschaftliche Identität der ausgetauschten Aktien ist dann gegeben, wenn das erhaltene Aktienpaket die gleiche Funktion im Vermögen des Veräusserers erfüllt wie die ausgetauschte Aktienmehrheit. Das würde eigentlich bedeuten, dass das Tauschgeschäft im Austausch zweier Aktienmehrheiten bestehen müsste, denn eine Minderheitsbeteiligung kann nie annähernd gleiche Funktion übernehmen wie eine Mehrheitsbeteiligung. Eine Minderheitsbeteiligung ermöglicht nämlich keine Beherrschung der Unternehmung und deshalb geht ihr gerade die entscheidende Funktion ab, die einer Mehrheitsbeteiligung zukommt (29). Der Austausch von zwei Mehrheitsbeteiligungen dürfte in der Praxis selten vorkommen, weil die beherrschende Beteiligung an der untergehenden bzw. übernommenen Gesellschaft kaum je durch eine beherrschende Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft ausgetauscht wird (30). Vielmehr erwirbt die übernehmende Unternehmung diese Mehrheitsbeteiligung mit der Absicht, die andere Unternehmung zu beherrschen und erbringt die Gegenleistung in eigenen Aktien. Diese Gegenleistung wird aber umfangmässig eine kleine Beteiligung ausmachen. Somit findet eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse auf der Vermögensseite des Steuerpflichtigen statt. Deshalb fehlt es an der wirtschaftlichen Identität zwischen diesen ausgetauschten Beteiligungen.

29) Vgl. vorne 19 ff.

30) Gutachten 1970, 136 f.

2. FREIWILLIGKEIT DES TAUSCHES

Für einen Mehrheitsaktionär kann schwerlich die Rede davon sein, dass er den Aktientausch aus einer gesellschaftlichen Zwangssituation heraus getätigt hat (31). Durch seinen Stimmenanteil muss er sich nicht einem Gesellschaftsbeschluss beugen, wie dies für den Kleinaktionär zutrifft. Vielmehr beherrscht er die Unternehmung und entscheidet auch über den vorgesehenen Aktientausch. Somit fehlt der Mangel an Entscheidungsfreiheit beim Mehrheitsaktionär, der allenfalls einen steuerfreien Aktientausch rechtfertigen würde. Der vorliegende Tausch charakterisiert sich als individualrechtliches Geschäft zwischen der übernehmenden Gesellschaft und dem Mehrheitsaktionär und ist somit wie jedes andere steuerpflichtige Veräußerungsgeschäft zu behandeln (32).

B. Anwendungsfälle

1. AKTIENMEHRHEIT IM PRIVATVERMOEGEN DES STEUERPFLICHTIGEN

In der Steuerrechtsliteratur ist die Anwendung der steuerunwirksamen Tauschvorgänge von Objekten des Privatvermögens umstritten (33). Grundsätzlich ist diese Frage nur für Steuerordnungen aktuell, die die Wertzuwachsgerinne auf Objekten des Privatvermögens der Einkommenssteuer oder einer Sondersteuer unterwerfen (34). Die Vorbehalte stützen sich auf die Ueberlegung, dass die Aktien im Privatvermögen im Gegensatz zu denjenigen im Geschäftsvermögen keine bestimmte Funktion erfüllen. Diese Aktien werden von Privaten hauptsächlich als Kapitalanlage oder zu Spekulationszwecken gehalten. Einerseits lassen sich diese beiden Funktionen kaum auseinanderhalten und andererseits würde es dem Sinn der Kapitalgewinnbesteuerung widersprechen, wenn auf

31) Vgl. vorne, 107 f.

32) Hierzu vorne, 108.

33) Känzig, Der Begriff der Realisation von Unternehmungsgewinnen, ASA 41 (1972/73), 81 ff.; ders., Unternehmungskonzentration, 96; Gutachten 1970, 136; Oesch M., 113.

34) Vgl. hinten, 117 f.

diese Weise der steuerfreie Austausch von Anlage- oder Spekulationspapieren gewährt würde (35). Bei einer Aktienmehrheit liegt der massgebende oder "bestimmte" Zweck in der Beherrschung der Unternehmung und wäre deshalb gegenüber dem ausgetauschten Objekt auf die Identität hin überprüfbar. Wie aber bereits ausgeführt wurde, fehlt diese wirtschaftliche Identität zwischen diesen ausgetauschten Aktien (36). Somit wird durch diesen Tauschvorgang ein steuerlich beachtlicher Mehrwert realisiert.

2. AKTIENMEHRHEIT IM GESCHAEFTSVERMOEGEN DES STEUERPFLICHTIGEN

a) Tausch im Sinne eines indirekten Verkaufes der Unternehmung

In der Praxis liegt häufig der Fall vor, dass der Mehrheitsaktionär sein gesamtes Aktienpaket veräussert, weil er die Unternehmung verkaufen will. Es liegt eine Geschäftsveräusserung vor und nicht eine blosser Änderung der Rechtsform. Als Gegenleistung erhält er von der übernehmenden Gesellschaft Aktien in der Höhe des vereinbarten Umtauschverhältnisses (37). Ein eigentlicher Zusammenschluss der Unternehmungen liegt nicht vor, auch wenn der Mehrheitsaktionär nach diesem Tauschvorgang mit einem kleineren Aktienanteil an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt ist (38). Diese Beteiligung hat nur noch die Funktion einer Kapitalanlage. Tauschgeschäfte dieser Art sind steuerwirksam und der Steuerpflichtige realisiert in diesem Zeitpunkt den angewachsenen Mehrwert.

Känzig vertritt die Meinung, dass bei der Beurteilung dieses Tatbestandes ausschlaggebend ist, ob der Geschäftsinhaber über die Gegenleistung frei verfügen kann (39). Nach seiner Theorie realisiert der Unternehmer dann keinen Wertzuwachs, wenn die Aktien zum notwendigen Betriebsvermögen gehören.

35) Gutachten 1970, 136.

36) Vgl. hierzu vorne, 109.

37) Vgl. vorne, 34.

38) Vgl. vorne, 109.

39) Känzig, Unternehmungskonzentration, 94. Diese Ueberlegung stützt sich auf den von Känzig verwendeten Realisationsbegriff, vgl. vorne, 102 Anm. 2.

Sind sie hingegen nicht betriebsnotwendiges oder neutrales Vermögen, dann betrachtet er den Tausch ebenfalls als Realisationsvorgang, da es in diesem Fall schwer sein dürfte, die Erfolgsneutralität des Austausches der Beteiligungen nachzuweisen (40). Seine Auffassung stützt er auf die Ueberlegung, dass nur dann eine Realisation des Wertzuwachses anzunehmen sei, wenn der Steuerpflichtige über die Gegenleistung frei verfügen könne, andernfalls der Tatbestand der Ersatzbeschaffung den steuerunwirksamen Aktientausch ermögliche (41). Im Aktientausch einer Mehrheitsbeteiligung in eine Minderheitsbeteiligung als Gegenleistung liegt aber keine erfolgsneutrale Geschäftsmassnahme vor, da die dadurch verbundene Aufgabe der beherrschenden Stellung den Tatbestand der Ersatzbeschaffung ausschliesst.

b) Tausch aufgrund eines Uebergabevertrages

Wie bereits ausgeführt wurde, haben die Veranlagungsbehörden bereits de lege lata die Steuerunwirksamkeit eines Aktientausches anerkannt, der aufgrund eines Zusammenschlussvertrages vollzogen wird (42). In diesen Tauschvorgängen wurde aber immer wieder auf den Umstand hingewiesen, dass sich der Aktionär durch den Zusammenschlussvertrag veranlasst sieht, den Aktientausch vorzunehmen.

Bei der Veräusserung der Aktienmehrheit durch Tausch kann für den betreffenden Aktionär nicht mehr von einem Umtauschzwang gesprochen werden. Vielmehr schliesst er als beherrschender Aktionär den Zusammenschlussvertrag ab. Der Zweck dieses Uebernahmevertrages liegt darin, dass die erwerbende Gesellschaft die beherrschende Stellung über die Unternehmung übernimmt. Somit liegt auch bei Abschluss eines Uebernahmevertrages beim steuerpflichtigen Mehrheitsaktionär kein erfolgsneutraler Vorgang vor, sondern ein steuerbares Tauschgeschäft.

40) Känzig, Unternehmungskonzentration, 100.

41) Die Expertenkommission der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften kommt in ihrem Gutachten zum gleichen Resultat, wobei zusätzlich darauf hingewiesen wird, dass die Aktienauswechslung zufolge ihrer Begründung im Zusammenschlussvertrag nicht als Realisation zu betrachten sei, Gutachten 1970, 163 Anm. 20, 165.

42) Vgl. vorne, 107 ff.; Känzig, Unternehmungskonzentration, 97; Gutachten 1970, 163; Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, EB N 93 und 93a zu § 19 lit. b StG.

4. TEIL

BESTEUERUNG DES VERAUESSERUNGSGEWINNES (KAPITALGEWINN) AUF AKTIEN

§ 8 VERÄUSSEERUNGSGEWINN AUF PRIVATVERMÖGEN

I. IM BUND

A. Gesetzliche Regelung

Im Wehrsteuerrecht ist der Kapitalgewinn der Oberbegriff aller ausserordentlichen Gewinne. Nach Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB gehören zu den steuerpflichtigen Kapitalgewinnen diejenigen, "die in Betrieb eines zur Führung kaufmännischer Bücher verpflichteten Unternehmens bei der Veräusserung oder Verwertung von Vermögensstücken erzielt werden, wie Liegenschaftsgewinne, Mehrerlös aus Wertschriften, Liquidationsgewinne bei Aufgabe oder Veräusserung eines Unternehmens usw."

B. Keine Besteuerung bei der Veräusserung von privaten Vermögensobjekten

Zum steuerbaren Einkommen gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. d des Wehrsteuerbeschlusses gehören die Kapitalgewinne, die durch Veräusserung oder Verwertung von Vermögensobjekten des Geschäftsvermögens erzielt werden. Zudem ergibt sich aus dem gesetzlichen Wortlaut, dass die Kapitalgewinne nur dann erfasst werden, wenn die Unternehmung zur Führung kaufmännischer Bücher verpflichtet ist (1).

1) Vgl. hierzu hinten, 132 f.

Somit ist der anlässlich der Veräusserung einer Aktienmehrheit im Privatvermögen realisierte Gewinn steuerfrei (2). Eine Ausnahme besteht allerdings beim Wertschriftenhändler. Sobald nicht mehr von einem Gelegenheitsverkauf der Aktien im Rahmen der normalen Vermögensverwaltung, sondern von einem gewerbmässigen Wertschriftenhandel (3) gesprochen werden kann, dann ist die Voraussetzung von Art. 21 Abs. 1 lit. a WStB erfüllt. Der Gewinn wird deshalb als Ergebnis einer Erwerbstätigkeit steuerlich erfasst (4).

Weiter wäre noch die Frage zu prüfen, ob der Steuerpflichtige einen Beteiligungsertrag nach Art. 21 Abs. 1 lit. c WStB realisiert. Ein Vermögens- oder Beteiligungsertrag im Sinne des Wehrsteuerrechts kann jedoch nur entstehen, sofern die Vermögenssubstanz bestehen bleibt (5). Das ist jedoch hier nicht der Fall, da nämlich durch die Veräusserung eine Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteilsrechte erfolgt (6).

II. IN DEN KANTONALEN STEUERORDNUNGEN

A. Ueberblick

1. SOLOTHURN, BASEL-LAND, GRAUBÜNDEN

Diese Kantone besteuern die Kapitalgewinne zusammen mit dem übrigen Einkommen (7).

2) Vgl. Bundesgerichtsentscheid in ASA 49 (1980), 76; Masshardt N 115 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB.

3) Ueber den Wertschriftenhändler vorne, 94.

4) Steuerliche Folgen hinten, 132 ff.

5) Masshardt N 71 zu Art. 21 Abs. 1 lit. c WStB.

6) Vgl. vorne, 91 f.

7) SO § 30 Abs. 1 lit. e StG; BL § 23 Abs. 3 StG; GR Art. 19 StG.

2. BERN, BASEL-STADT, JURA

In diesen Kantonen werden die Kapitalgewinne im Rahmen einer Sondersteuer erfasst (8).

3. THURGAU

Im Kanton Thurgau werden die Kapitalgewinne gesondert erfasst und nach dem Tarif für die Einkommenssteuer besteuert (9).

4. ST. GALLEN, WALLIS, TESSIN

In diesen Kantonen unterliegen die Kapitalgewinne massgebender Beteiligungen einer speziellen Steuer, der sog. Beteiligungsgewinnsteuer (10).

5. UEBRIGE KANTONE

Die Mehrzahl der Kantone, nämlich Zürich, Schaffhausen, Aargau, Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden, Zug, Glarus, Luzern, Appenzell IR und AR, Waadt, Freiburg, Neuenburg und Genf lässt die Kapitalgewinne auf dem beweglichen Vermögen steuerfrei. Diese Lösung entspricht den Grundsätzen nach der Regelung des Wehrsteuerbeschlusses (11).

8) BE Art. 77 Abs. 2, 78 Abs. 2 StG; BS § 55 Abs. 1 lit. a und b StG; JU Art. 86 Abs. 2 LID.

9) TG § 38, 44 StG.

10) SG Art. 34 Abs. 1 StG; VS Art. 34 LF; TI Art. 40 LT; zur Zeit ist Art. 40 LT durch Beschluss des Tessiner Grossen Rates vom 20. November 1978 suspendiert. Vgl. dazu auch hinten, 118 Anm. 24.

11) Vgl. vorne, 113 f.

B. Im Kanton Zürich

1. GESETZLICHE REGELUNG

In der Gesetzesrevision vom 5. Juli 1970 hat der Kanton Zürich die Besteuerung der Kapitalgewinne auf beweglichem Privatvermögen mit Wirkung ab 1. Januar 1971 aufgehoben (12).

2. STEUERFREIER VERÄUSSERUNGSGEWINN

Der durch die Veräusserung der Aktienmehrheit des Privatvermögens realisierte Gewinn bleibt somit steuerfrei. Entscheidend ist die Zugehörigkeit der Aktien zum Privatvermögen. Folglich bleiben auch die Veräusserungsverluste unberücksichtigt (§ 28 StG).

Mit der Aufhebung der Kapitalgewinnbesteuerung auf beweglichem Privatvermögen hat nun plötzlich die Abgrenzung zwischen Objekten des Privat- und Geschäftsvermögens an Bedeutung gewonnen (13). In einem neuen Entscheid hat das Bundesgericht ausgeführt, "die Aufhebung von § 23 StG bedeute nicht, dass im Kanton Zürich Kapitalgewinne vorbehaltlos steuerfrei seien. Es kann daraus nur gefolgert werden, dass sie nicht erfasst werden, wenn keine andere steuerrechtliche Bestimmung auf sie zutrifft, also insbesondere, wenn sie nicht das Ergebnis selbständiger Erwerbstätigkeit darstellen" (14). Mit dieser selbständigen Tätigkeit, deren steuerbare Einkünfte im Sinne von § 19 StG erfasst werden, ist natürlich die Zuweisung des Objektes zum Geschäftsvermögen verstanden. In dieser Richtung führt das Bundesgericht weiter aus, "das Verwaltungsgericht hat demgemäss untersucht, ob der Beschwerdeführer den Kapitalgewinn lediglich als Verwalter seines privaten Vermögens oder in Ausnützung einer zufällig sich bietenden Gelegenheit, ohne eine eigentliche, auf Verdienst ausgerichtete Tätigkeit erzielt habe".

12) § 23 und 28 StG wurden aufgehoben.

13) Einzelheiten über Zuteilungskriterien vorne, 83 ff.

14) BGE 102 Ia 241.

Hier tauchen Abgrenzungsprobleme zwischen Geschäfts- und Privatvermögen auf, ähnlich der Wehrsteuerpraxis. Die mögliche Einsparung einer Steuer erfordert von der Praxis eine konsequente Abgrenzung nach objektiven Kriterien. Hier darf dem Steuerpflichtigen kein freier Raum für sein eigenes Ermessen bleiben, beispielsweise durch entsprechende Buchungen die Zuweisung der Aktien allein nach den steuerlichen Folgen vorzunehmen (15).

C. Andere kantonale Regelungen

1. BESTEUERUNG MIT DEN UEBRIGEN EINKOMMEN

In den Kantonen Solothurn, Basel-Land und Graubünden werden die realisierten Kapitalgewinne des beweglichen Privatvermögens zusammen mit dem übrigen Einkommen besteuert (16). Durch die Veräusserung wird der bis zu diesem Zeitpunkt steuerrechtlich unbeachtliche Mehrwert der Aktienmehrheit zu einem einkommenswirksamen Wertzufluss. Dieser Gewinn stellt Einkommen dar und wird zusammen mit dem übrigen Einkommen zum Steuersatz des Gesamteinkommens besteuert.

Die Crux der Kapitalgewinnbesteuerung liegt in der Verrechnung von Kapitalverlusten (17). Bei einer Besteuerung der Kapitalgewinne im Rahmen des ordentlichen Einkommens müssten konsequenterweise die realisierten Kapitalverluste mit dem gesamten Einkommen verrechnet werden können (18). Die unbeschränkte Verrechnung von Kapitalverlusten ist in den betreffenden Steuergesetzen nicht vorgesehen, sondern sie lassen nur eine Verrechnung mit realisierten Kapitalgewinnen zu (19). Einzig der Kanton Solothurn (Art. 34 lit. 1 StG) gestattet die Verrechnung der Kapitalverluste mit dem übrigen Einkommen.

15) Vgl. dazu vorne, 85.

16) SO § 30 Abs. 1 lit. e StG; BL § 23 Abs. 3 StG; GR Art. 19 StG.

17) Höhn, Steuerrecht, 225.

18) Für die Berechnung der Kapitalverluste gelten die gleichen Grundsätze wie bei den Kapitalgewinnen. Höhn, Steuerrecht, 225.

19) Vgl. Verlustverrechnung bei der Beteiligungsgewinnsteuer im Kanton St. Gallen hinten, 120.

2. BESTEUERUNG MIT EINER SONDERSTEUER

Die Kantone Bern, Basel-Stadt, Thurgau und Jura besteuern den Kapitalgewinn des beweglichen Privatvermögens im Rahmen einer Sondersteuer (20). Im Kanton Thurgau richtet sich der Steuersatz nach dem ordentlichen Einkommenstarif (21). Im weiteren beschränkt der Kanton Bern die Besteuerung auf Wertpapiere (22). Hinsichtlich einem Tausch von Beteiligungsrechten besteht sogar eine Befreiung von der objektiven Steuerpflicht, wenn der Zusammenschluss von Unternehmungen im allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesse liegt (23).

3. BETEILIGUNGSGEWINNSTEUER DES KANTONS ST. GALLEN

a) Allgemeines

Der Kanton St. Gallen hat im Jahre 1970 mit der Beteiligungsgewinnsteuer eine bis anhin in der Schweiz unbekannte Steuer eingeführt (24). Danach unterliegen alle Gewinne der Steuerpflicht, die aus der Veräusserung von privaten Kapitalanteilen erzielt werden (25). Dadurch wollte man die steuerfreie Lücke schliessen, die bei der Veräusserung von beweglichem Privatvermögen bestand. Die Notwendigkeit dieser Steuer wurde am Beispiel der Thesaurierungsgesellschaft ausgeführt, die Gewinne nicht ausschüttet, sondern zurückbehält. Auf diese Weise nimmt der Wert der Beteiligungsrechte zu. Später kann diese Wertzunahme durch die Veräusserung der Aktien steuerfrei realisiert werden. Im gleichen Sinne wurde auch argumentiert, wenn eine

20) BE Art. 77 StG; BS § 55 Abs. 1 lit. a und b StG; TG § 38 StG; JU Art. 86 Abs. 2 LID.

21) TG § 38, 44 StG.

22) BE Art. 77 Abs. 1, 78 Abs. 2 StG. Vgl. dazu Oesch M., 42 ff.

23) BE Art. 80 Abs. 2 StG.

24) Seit 1976 kennen auch die Kantone Wallis (Art. 34 LF) und Tessin (Art. 40 LT) die Beteiligungsgewinnsteuer. Im Kanton Tessin wurden die Bestimmungen über die Beteiligungsgewinnsteuer allerdings bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Steuerharmonisierung aufgeschoben (Beschluss des Tessiner Grossen Rates vom 20. Nov. 1978).

25) SG Art. 34 ff. StG.

Einzelunternehmung ertragsneutral in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird, damit sie später durch den Verkauf der Aktien steuerfrei veräussert werden kann (26). Im Zusammenhang mit der Vernehmlassung über die eidgenössische Steuerharmonisierung steht diese Steuer im Brennpunkt eingehender Diskussionen (27).

b) Ausgestaltung

aa) Steuerobjekt und Steuersubjekt

Gegenstand der Beteiligungsgewinnsteuer sind die Kapitalgewinne, die bei der Veräusserung von Beteiligungen des Privatvermögens erzielt werden (28). Als Beteiligungen gelten Vermögensrechte (insbesondere Aktien, Aktienzertifikate, Genussaktien, Partizipationsscheine, Wandelobligationen, Stammeinlagen und Anteilscheine) an Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften, wenn die Beteiligung mindestens 20 Prozent des einbezahlten Grundkapitals ausmacht oder der Beteiligte nach den Stimmrechtsverhältnissen über mindestens 20 Prozent des Kapitals bestimmt (29). Der Beteiligungsgewinn unterliegt der vollen Jahressteuer, die sich nach einem progressiven Einkommenssteuertarif berechnet. Eine privilegierte Behandlung zu einem ermässigten Sondersteuersatz sieht das sanktgalische Steuergesetz nicht vor, allerdings bleiben Gewinne unter Fr. 2000.- steuerfrei (30).

Realisierte Kapitalgewinne aus Beteiligungen des Geschäftsvermögens werden nicht von dieser Steuer erfasst, sondern sie gehören zum Unternehmungsgewinn (31).

Steuersubjekt bei der Veräusserung einer Beteiligung ist der Veräusserer (Art. 38 StG). Voraussetzung dafür ist selbstverständlich die steuerrecht-

26) Vgl. hinten, 124 f.

27) Vgl. hinten, 165 ff.

28) Art. 34 Abs. 1 StG. Vgl. auch David, 140.

29) Art. 34 Abs. 2 StG.

30) Art. 43 Abs. 3 StG.

31) Weidmann, Wegweiser, 98.

liche Zugehörigkeit, begründet durch den steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt im Kanton (32). Als Steuersubjekt kommen nur natürliche Personen in Frage, da juristische Personen kein Privatvermögen aufweisen können (32).

bb) Steuerbegründende Veräusserung der Aktienmehrheit

Nach dem sanktgaalischen Steuergesetz gilt als Veräusserung jedes Rechtsgeschäft, mit dem rechtlich oder wirtschaftlich Eigentum an einer Beteiligung ganz oder teilweise übertragen wird, wie beispielsweise durch Verkauf oder Tausch (Art. 35 Abs. 1 StG) (34). Der steuerbare Veräusserungsgewinn berechnet sich aus dem Unterschied zwischen dem Veräusserungserlös und den Gestehungskosten (Art. 39 StG). Nach Art. 40 Abs. 1 StG gilt als Veräusserungserlös der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers. Von diesem Erlös können noch die mit der Veräusserung verbundenen Kosten in Abzug gebracht werden (Art. 40 Abs. 3 lit. a StG) (35). Zu den Gestehungskosten zählen der Erwerbspreis, die mit dem Erwerb verbundenen Nebenkosten sowie die nach dem Erwerb geleisteten Kapitaleinlagen (Art. 41 Abs. 1 StG) (36).

Vom Veräusserungserlös können weiter die realisierten Kapitalverluste aus Veräusserungen anderer Beteiligungen abgezogen werden (Art. 40 Abs. 3 lit. b StG). Die Verrechnung der Beteiligungsverluste ist nur mit Beteiligungsgewinnen möglich und zeitlich unbeschränkt (37). Ausgeschlossen bleibt somit die Verrechnung dieser Verluste mit dem ordentlichen Einkommen. In der quotenweisen Veräusserung einer Beteiligung wird eine Umgehung der Beteiligungsgewinnsteuer gesehen. Durch einen Steueraufschub wird diesem Tatbestand entgegengewirkt, indem eine Steuerpflicht auch dann entsteht, wenn vor der ersten Veräusserung oder vor dem ersten Steueraufschub eine Beteiligung im Sinne von Art. 34 Abs. 2 StG gegeben war (38).

32) David, 12.

33) Weidmann, Wegweiser, 99.

34) Weidmann, Wegweiser, 98; David, 199.

35) Weidmann, Wegweiser, 100; vgl. vorne, 97.

36) Weidmann, Wegweiser, 100; vgl. vorne, 97.

37) Weidmann, Wegweiser, 100.

38) David, 178 ff.

Für die Steuerberechnung sind alle Beteiligungsgewinne massgebend, die der Steuerpflichtige im gleichen Steuerjahr erzielt (39). Die einfache Beteiligungsgewinnsteuer wird in Anwendung von Art. 31 Abs. 1 und 2 zum ordentlichen Einkommenssteuertarif berechnet (Art. 43 StG).

c) Kritische Beurteilung

aa) Ausgangslage

In der überwiegenden Mehrzahl der Kantone unterliegen die Veräusserungsgewinne der beweglichen und unbeweglichen Vermögensobjekte aus Geschäftsvermögen einer Steuer, hingegen beim Privatvermögen werden nur die Veräusserungsgewinne der unbeweglichen Objekte erfasst. Im Bund und in 16 Kantonen bzw. Halbkantonen sind die realisierten Kapitalgewinne des beweglichen Privatvermögens steuerfrei (40). Bis auf den heutigen Tag sind diese Gewinne des Privatvermögens die am meisten umstrittene Einkommensart geblieben. Umstritten deshalb, weil das System der allgemeinen Einkommenssteuer als eigentlich logische steuerliche Konsequenz auch eine Besteuerung dieser Kapitalgewinne verlangt (41). Zusätzliche Kriterien, wie der verfassungsrechtliche Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit, Grundsätze der Vollständigkeit der Einkommenssteuerordnung und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, sowie die absolute Gleichstellung der erzielten Gewinne des Privat- und Geschäftsvermögens werden als Argumente für diese Steuer genannt (42).

Erneuter Anlass für ein weiteres Aufflammen dieser Probleme bot der Fall Rey / Bally im Kanton Zürich. Es schien schwer verständlich, dass der erzielte Gewinn am Ort des Geschehens steuerfrei blieb, als Rey sein Mehrheitspaket der Bally AG an die Oerlikon-Bührle Holding AG veräusserte. Nun, wer den Sachverhalt nicht genau kannte, dem entging, dass dem Kanton und auch der Schweiz zum besagten Zeitpunkt die Steuerhoheit über diesen Steuer-

39) Weidmann, Wegweiser, 100.

40) Vgl. vorne, 67, 69.

41) Cagianut, Kapitalgewinne, 68.

42) Höhn, Steuerrecht, 222; Cagianut, Kapitalgewinne, 68.

pflichtigen fehlte. Rey hatte bereits seit längerem Wohnsitz in England (43). Trotzdem betrachten immer noch viele Befürworter die Beteiligungsgewinnsteuer nach Sanktgaller Muster als probates Mittel zur Ausfüllung dieser Steuerlücke.

bb) Argumente für eine Beteiligungsgewinnsteuer

aaa) Totalität der Einkommenssteuerordnung

Wie bereits angeführt liegt ein gewichtiges Argument im Grundsatz der Totalität der Einkommenssteuerordnung. Aus der Ueberlegung der gesamten Erfassung aller Einkommenszuflüsse beim Steuerpflichtigen scheint es nicht richtig, dass ein Teil davon steuerfrei bleiben soll (44). Dazu muss klar festgehalten werden, dass sich dieser Gewinnzufluss nicht unter den ordentlichen Begriff "Einkommen" subsumieren lässt. Die steuerliche Erfassung ist also nicht aufgrund der Einkommensgeneralklausel möglich, sondern nur aufgrund einer ausdrücklichen Vorschrift (45). Die rechtsungleiche steuerliche Behandlung der Kapitalgewinne des Privat- und Geschäftsvermögens einerseits und des beweglichen und unbeweglichen Privatvermögens andererseits erfordert auf jeden Fall diese Ergänzung der Steuerordnung (46).

bbb) Umgehung der wirtschaftlichen Doppelbelastung

Das System der wirtschaftlichen Doppelbelastung bedeutet, dass der von einer Aktiengesellschaft ausgeschüttete Gewinn steuerlich doppelt belastet wird: einmal bei der Aktiengesellschaft als Teil des steuerbaren Reinertrages, zum zweitenmal beim Aktionär als Teil des steuerbaren Einkommens (47). Die sachgemässe Durchsetzung dieser Doppelbelastung hängt nun stark davon ab, dass die Gesellschaft ihre erwirtschafteten Gewinne auch tatsächlich aus-

43) Böckli, StR 33 (1978), 201.

44) Cagianut, ASA 42 (1973/74), 437.

45) Zuppinger, StR 31 (1976), 6; SO § 30 Abs. 1 lit. e StG; BL § 23 Abs. 3 StG; GR Art. 19 StG; BE Art. 77 Abs. 2 StG; BS § 55 Abs. 1 lit. a und b StG; TG § 38 StG; JU Art. 86 Abs. 2 LID; SG Art. 34 Abs. 1 StG.

46) Cagianut, ASA 42 (1973/74), 437.

47) Höhn, Steuerrecht, 198; Reimann/Zuppinger/Schärner N 30 zu Vorbemerkungen zu §§ 43 - 52 StG; näheres dazu Ulrich, 43 ff.

schüttet. Verzichtet sie nun teilweise auf die vollständige Ausschüttung und nimmt dafür Gewinnthesaurierungen vor, dann ist dieses System der Doppelbelastung nicht mehr gewährleistet. Damit wird aber noch ein weiterer Effekt erreicht. Dieser Verzicht auf eine umfassende Gewinnausschüttung bedeutet für den Aktionär keine wirtschaftliche Benachteiligung, wie dies im ersten Moment aussehen könnte. Vielmehr bewirkt diese Gewinnakkumulation, dass die Beteiligungsrechte einen wesentlichen Wertzuwachs erfahren (48). Diesen Wertzuwachs kann der Steuerpflichtige anlässlich der Veräusserung seiner Beteiligungsrechte - bei Fehlen einer generellen Kapitalgewinnsteuer oder einer speziellen Beteiligungsgewinnsteuer - vollends der wirtschaftlichen Doppelbelastung entziehen (49).

Entgegen der oft verbreiteten Ansicht, die Gewinnakkumulation werde nur aus steuerlichen Gründen vorgenommen, zeigt sich in der Praxis, dass gerade die kleineren Gesellschaften, vorab Familiengesellschaften, auf diese Art der Selbstfinanzierung angewiesen sind (50). Sie können nicht wie die Publikums- gesellschaften mit ihren Kapitalbedürfnissen an eine weitere Öffentlichkeit gelangen. Einerseits wollen sie den kleinen Kreis der Aktionäre nicht erweitern und auch die bestehenden Kapital- und Stimmverhältnisse nicht verändern. Andererseits ist es den einzelnen Familienaktionären vielfach finanziell nicht möglich, bei einer Kapitalerhöhung mitzumachen und einen entsprechenden Anteil der neuen Aktien zu zeichnen. Anders bei den Publikums- gesellschaften, die ihre Kapitalbedürfnisse durch die Ausgabe neuer Aktien auf dem öffentlichen Kapitalmarkt decken. Sie sind geradezu zu einer Gewinnausschüttung gehalten, denn eine attraktive Dividendenpolitik zieht Kapitalgeber an.

48) Vgl. David, 104; Cagianut, ASA 42 (1973/74), 437; Böckli, ASA 42 (1973/74), 374 f.

49) David, 105.

50) Ulrich, 166.

ccc) Steuerumgehung durch Umwandlung

Ein Argument, das immer wieder in der Steuerrechtsliteratur herangezogen wird, betrifft die steuerfreie Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, die anschliessend durch die Veräusserung der Beteiligungsrechte unter Umgehung der Besteuerung der stillen Reserven veräussert wird. Grundsätzlich löst die zivilrechtliche Liquidation einer Einzelfirma oder Personenunternehmung eine Steuerpflicht aus, weil sie zur Realisation der unversteuerten stillen Reserven führt. Durch diesen Umwandlungsvorgang werden die Aktiven und Passiven der Einzelfirma oder Personengesellschaft als Sacheinlage in die gegründete Aktiengesellschaft eingebracht, was nichts anderes als eine entgeltliche Veräusserung des Geschäftsvermögens bedeutet (51). Schon seit längerer Zeit sind der Bund und die kantonalen Steuerordnungen dazu übergegangen, die blosser Aenderung der Rechtsform wirtschaftlich nicht als Liquidation der Unternehmung zu behandeln. Somit kann anlässlich der Umwandlung eine Uebernahme der Aktiven und Passiven auf die Kapitalgesellschaft erfolgen, ohne dass eine Besteuerung der stillen Reserven stattfindet.

Hier setzt nun das Argument der Befürworter einer Beteiligungsgewinnsteuer ein. Veräussert der frühere Einzelunternehmer und heutige Aktionär seine Aktien, dann kann er anteilmässig diese stillen Reserven steuerfrei vereinnahmen. Dem muss entgegengehalten werden, dass diese steuerfreie Umwandlung sich nur auf die Aenderung der Rechtsform und nicht auf die Veräusserung der Unternehmung bzw. der Beteiligungen bezieht (52). Die bundesgerichtliche Wehrsteuerrechtsprechung erklärt die kurzfristige Veräusserung der Aktien nach einer steuerfreien Umwandlung als unerlaubte Steuerumgehung (53). Die Wehrsteuerpraxis kennt eine Sperrfrist von fünf Jahren nach der erfolgten Umwandlung und sieht danach in der späteren Veräusserung der Aktien keine eigentliche Steuerumgehungsabsicht mehr. Im Kanton Zürich muss der Steuerpflichtige eine Erklärung abgeben, dass er die Aktien nicht innerhalb von

51) Reich, StR 33 (1978), 496.

52) Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, EB N 422 zu § 19 lit. b StG; Reich, StR 33 (1978), 497; Schärner E., Die Besteuerung der stillen Reserven bei Umwandlungen, Zusammenschlüssen und Teilung von Unternehmungen, StR 23 (1968), 475 ff.

53) Bundesgerichtsentscheid in ASA 38 (1969/70), 497 ff.

fünf Jahren veräussert (54). Findet dennoch innert dieser Frist eine Veräusserung statt, dann entfällt das für den gewährten Steueraufschub vorausgesetzte Tatbestandsmerkmal. In einem Nachsteuerverfahren erfolgt eine nachträgliche Besteuerung der stillen Reserven rückwirkend auf den Zeitpunkt der Umwandlung (55). Nach Ablauf dieser fünf Jahre betrachten die Steuerbehörden den Verkauf der Aktien nicht mehr als eine Folge der Umwandlung. Dann bleibt es beim gewährten Steueraufschub und der Gewinn aus der Veräusserung der Beteiligung ist als Kapitalgewinn zu behandeln und bleibt steuerfrei (56). Im Wehrsteuerrecht wird ebenfalls eine Veräusserung, die innerhalb dieser fünf Jahre seit der Umwandlung vorgenommen wird, als eine unerlaubte Steuerumgehung qualifiziert. Dies wird als ein besonderer Liquidationsfall behandelt und führt ebenfalls zu einer nachträglichen Besteuerung der stillen Reserven (57).

Damit ist aber aufgezeigt, dass der Gefahr der Steuerumgehung anlässlich der Umwandlung einer Einzelunternehmung oder Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft in den Steuerordnungen Rechnung getragen wurde. Somit stellt dieser Umwandlungsfall kein wesentliches Argument für die Beteiligungsgewinnsteuer dar.

cc) Mängel der Beteiligungsgewinnsteuer

aaa) Verletzung der Rechtsgleichheit

Das primäre Ziel dieser Steuer sollte darin bestehen, die steuerfreie Behandlung des realisierten Veräusserungsgewinnes des Privatvermögens aufzuheben. Die Beteiligungsgewinnsteuer hat dieses Ziel insoweit erreicht, als die Gewinne aus der Veräusserung von Vermögensrechten besteuert werden, die

54) Im Kanton Zürich wurde in Uebereinstimmung mit der Wehrsteuerpraxis diese Sperrfrist ebenfalls auf fünf Jahre festgelegt. Vgl. hierzu Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, EB N 422a zu § 19 lit.b StG; Reich, StR 33 (1978), 501.

55) Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, EB N 422a zu § 19 lit. b StG; Reich, StR 33 (1978), 501.

56) Reimann/Zuppinger/Schärner N 187 zu § 45 StG.

57) Masshardt N 23d zu Art. 43 WStB. Vgl. dazu auch den Bundesgerichtsentscheid in ASA 37 (1968/69), 43.

mit einer wesentlichen Beteiligung verbunden sind. Als wesentlich gilt eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die mindestens 20 Prozent des Grundkapitals oder der Stimmrechte umfasst (58). Mit dieser 20 Prozent-Quote schafft die Beteiligungsgewinnsteuer eine neue Rechtsungleichheit. Sie erfasst nämlich nicht generell die realisierten Gewinne der veräusserten Anteilsrechte im Privatvermögen, sondern erst diejenigen, die eine wesentliche Beteiligung ausmachen. Damit werden der wesentlich und der unwesentlich beteiligte Gesellschafter ungleich behandelt. Diese Quote wird auch damit begründet, dass ein wesentlich Beteiligter bereits einen erheblichen Einfluss auf die Geschäftsführungspolitik nehmen kann und beispielsweise bei der Gewinnverwendungspolitik der Gesellschaft zu einem nicht unerheblichen Anteil mitentscheiden kann (59). In Anlehnung an das bereits angeführte Argument der Gewinnakkumulation für die Beteiligungsgewinnsteuer geht es auch hier um die Sicherstellung der steuerlichen Doppelbelastung (60). Ein unwesentlich Beteiligter strebe hingegen nicht danach, durch Gewinnakkumulation und spätere Veräusserung seiner Beteiligung dieser Doppelbelastung auszuweichen (61).

Diese Steuer trifft jedenfalls die Aktionäre der kleinen und mittleren Gesellschaften des Gewerbes und des Mittelstandes und eben nicht den in grossem Stil auftretenden Spekulanten (62). Bei einem Grundkapital einer kleineren Gesellschaft von beispielsweise Fr. 100'000.- ist diese magische Grenze von 20 Prozent sehr schnell erreicht. Im Vergleich dazu bleibt eine Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft mit einem hohen Grundkapital unter dieser steuerauslösenden 20 Prozent-Marke, obwohl sie ein Mehrfaches des Grundkapitals einer kleinen Gesellschaft ausmacht. Der Gewinn einer solchen Beteiligung wäre dann steuerfrei, da es bei Publikumsgesellschaften kaum möglich sein dürfte, diese Steuerquote zu erreichen. Mit dieser ungleichen Behandlung hat die Beteiligungsgewinnsteuer selber eine Rechtsungleich-

58) SG Art. 34 Abs. 2 StG.

59) Vgl. hierzu Ulrich, 200 f.

60) Vgl. vorne, 122 f.

61) Cagianut, ASA 42 (1973/74), 437, 442.

62) Böckli, StR 33 (1978), 201.

heit geschaffen (63). Die bestehende Lücke in der Steuerordnung wurde nur für den Teil der Veräusserungsgewinne geschlossen, der aus der Veräusserung einer Beteiligung im Sinne von Art. 34 Abs. 2 StG realisiert wird. Ursprünglich waren diese Veräusserungsgewinne generell steuerfrei, jetzt bestehen im Sanktgaller Steuersystem Unterschiede in den steuerlichen Folgen für wesentlich oder unwesentlich Beteiligte. In einem gewissen Sinne muss sich diese Steuer den Vorwurf einer willkürlichen Auswahl gefallen lassen (64).

Die Beteiligungsgewinnsteuer beschränkt sich nur auf Beteiligungen an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. Grundsätzlich würde doch der allgemeine Rechtsgleichheitssatz eine umfassende Besteuerung aller privaten Kapitalgewinne verlangen. Praktische Erwägungen veranlassten den Gesetzgeber, von einer gesamten Erfassung der Gewinne aus der Veräusserung aller Sachwerte abzusehen. Diese Unterscheidung der Gewinne und die Beschränkung der Besteuerung auf die für den Fiskus "lohenswerten" Steuerobjekte hinterlassen einen fragwürdigen Eindruck. Eine vollumfängliche Erfassung aller privaten Kapitalgewinne mit der ausdrücklichen Erwähnung der Ausnahmen würde gesetzestechnisch eine elegantere Lösung darstellen (65).

bbb) Unbegründete Verallgemeinerung der Steuerumgehung

In der Praxis wird immer wieder auf den Fall der Thesaurierungsgesellschaft hingewiesen, der eine Ergänzung der geltenden Steuergesetze dringend notwendig erscheinen lasse (66). Es mag durchaus zutreffen, dass in einigen Fällen von der Gesellschaft planmässig auf eine angemessene Gewinnausschüttung verzichtet wird, damit in einem späteren Zeitpunkt ein grösserer Wertzuwachs steuerfrei realisiert werden kann. Die Reserven lassen den Wert der Beteiligung sicher erheblich anwachsen, aber auf ihnen ruht eine latente Steuerlast, die in einem noch unbestimmten Zeitpunkt fällig werden wird.

65) Anderer Meinung David, 115, nach dessen Ansicht die ungleiche Behandlung der wesentlich und unwesentlich beteiligten Kapitalgesellschaftler unter den Gesichtspunkt von Art. 4 BV zulässig ist. Mit andern Gründen zum gleichen Resultat Cagianut, ASA 42 (1973/74), 441 ff.

64) David, 39, 78, 92.

65) Cagianut, Kapitalgewinne, 69.

66) Vgl. vorne, 122 f.

Das Argument der Steuerumgehung verfängt deshalb nicht, weil der potentielle Erwerber bei der Bewertung diese latente Steuerlast berücksichtigen und vom berechneten Wert abziehen wird (67). Die Beteiligungsgewinnsteuer unterscheidet indessen nicht, ob in der Gesellschaft Gewinne angehäuft worden sind oder nicht. Die Befürworter dieser Steuer führen diesen Aspekt an, indem sie den kleineren Gesellschaften, gerade wenn sie von wenigen wesentlich Beteiligten beherrscht werden, Steuerumgehungsabsichten schon bei einer zurückhaltenden Dividendenpolitik unterstellen (68). Indirekt führt dies auch zu einer Benachteiligung der Minderheitsbeteiligten, die keinen Einfluss auf die Dividendenausüttung der Gesellschaft haben. Ein möglicher Trend zur Kapitalanlage in Aktien von Publikumsgesellschaften, deren Anteile steuerfrei veräussert werden können, wäre kaum zu verhindern. Der Spekulant würde durch seine Veräusserungsgeschäfte mit den börsengängigen Aktien durch die Maschen der Beteiligungsgewinnsteuer steuerfrei entweichen.

ccc) Beschränkte Verlustverrechnung

Die Crux der Kapitalgewinnbesteuerung liegt in der Verlustverrechnung (69). Das sanktgallische Steuergesetz lässt eine Verrechnung der Beteiligungsverluste nur mit den Beteiligungsgewinnen zu (70). Auf den ersten Blick scheint diese eingeschränkte Verlustverrechnung fiskalisch überzeugend. Im Grunde genommen schafft sie aber eine ungleiche Behandlung, indem nur der Eigentümer von mehreren wesentlichen Beteiligungen die realisierten Verluste geltend machen kann. Der geschickte Grossaktionär kann durch die richtige Reihenfolge, zuerst durch die Veräusserung einer Beteiligung mit Verlust, später durch die Veräusserung einer anderen Beteiligung mit Gewinn, die steuerliche Belastung möglichst tief halten (71). Ein anderer Steuerpflichtiger, der nur eine einzige Beteiligung besitzt, wird diese Bedingungen nie erfüllen können. Die Steuertatbestände sind identisch, aber die steuerliche Behandlung führt zu unterschiedlichen Ergebnissen. Die Beteiligungsgewinn-

67) Böckli, ASA 42 (1973/74), 376.

68) Cagianut, ASA 42 (1973/74), 442.

69) Zuppinger, StR 31 (1976), 50.

70) Vgl. vorne, 120.

71) Böckli, ASA 42 (1973/74), 388.

steuer verlangt nämlich als Voraussetzung der Verlustverrechnung nicht nur einen tatsächlich erlittenen Verlust, sondern des weitern einen realisierten Veräusserungsgewinn. In dieser zusätzlichen Bedingung liegt der Stein des Anstosses. Das System der Gesamtreineinkommenssteuer beruht auf der Besteuerung des Reineinkommens des Steuerpflichtigen. Somit muss auch derjenige Steuerpflichtige, der aus der Veräusserung seiner einzigen Beteiligung einen Verlust erlitten hat, entsprechend der Verminderung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Verrechnungsmöglichkeit erhalten. Da die entsprechende Quelle, der Kapitalgewinn, fehlt, kommt nur eine Verrechnung mit dem übrigen Einkommen in Frage. Bei der Einführung der Beteiligungsgewinnsteuer wurde immer wieder darauf hingewiesen, dass eine wesentliche Beteiligung rein wirtschaftlich gesehen dem Geschäftsvermögen entspreche (72). Eine Beteiligung als Geschäftsvermögen erlaubt aber eine unbeschränkte Verlustverrechnung mit dem übrigen Unternehmungsgewinn (73). Diese Konsequenz, die mit der Qualifikation als Geschäftsvermögen verbunden wäre, wurde aber nicht gezogen. Fiskalische Erwägungen stehen dieser Ueberlegung eindeutig entgegen, denn mit einer allgemeinen Verlustverrechnungsmöglichkeit würden die Kantone ein erhebliches finanzielles Risiko eingehen (74).

ddd) Unbedeutender Steuerertrag

Der Ertrag aus der Beteiligungsgewinnsteuer ist gemessen an den gesamten Steuereingängen sehr gering. Bei Steuereingängen (Staats- und Gemeindesteuern 1977) von rund 650 Mio. Franken brachte sie in den Jahren 1971/77 durchschnittlich 2,5 Mio. Franken oder 0,38 Prozent der Einnahmen. Stellt man diesen geringen Ertrag dem enormen Verwaltungsaufwand gegenüber, der wohl oder übel für die komplizierten Gewinnberechnungen notwendig ist, dann fällt der Nettoertrag noch bescheidener aus (75).

72) Böckli, ASA 42 (1973/74), 390: "Wer nun eine Beteiligung im erwähnten Ausmass (wesentliche Beteiligung) besitzt, der verfügt wirtschaftlich gesehen über Geschäftsvermögen."

73) Vgl. hinten, 136. Allerdings stellt auch der Gewinn Bestandteil der ordentlichen Einkommensberechnung dar.

74) Vernehmlassung des Regierungsrates des Kantons Zürich, 14; vgl. auch Zuppinger, StR 36 (1981), 188 f.

75) Vgl. die Ausführungen über die Unergiebigkeit auch bei der Kapitalgewinnsteuer Zuppinger, StR 36 (1981), 190 f.

d) Ergebnis

Bei einem Vergleich der Argumente pro und contra eine Beteiligungsgewinnsteuer überwiegen m.E. diejenigen gegen diese Steuerart. Sicher besteht kein Zweifel darüber, dass die realisierten Beteiligungsgewinne die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen erhöhen und aus Erwägungen der Rechtsgleichheit wie auch der Steuergerechtigkeit eine steuerliche Erfassung dieser Gewinne richtig erscheint. Die Beteiligungsgewinnsteuer beseitigt nicht nur diese ungleiche Behandlung, sondern sie schafft eine neue Rechtsungleichheit. Für eine Steuer können nicht Gerechtigkeitsargumente ins Feld geführt werden, wenn sie selber in ihrer Anwendung die Steuergerechtigkeit in einem erheblichen Masse verletzt (76). Diese Steuerfreiheit für Gewinne auf beweglichem Privatvermögen darf nicht durch eine in ihrer Auswahl willkürliche Steuer ersetzt werden (77).

Allein für den Umwandlungsfall bedarf es m.E. keiner Beteiligungsgewinnsteuer. Bei den hohen Steuersätzen wird ein Erwerber die latente Steuerlast auf den stillen Reserven bestimmt bei den Preisverhandlungen geltend machen (78). Auf diese Weise muss sich der Veräusserer die un versteuerten stillen Reserven Erlösmindernd anrechnen lassen (79).

e) Ueberblick über Alternativvorschläge

Im Mittelpunkt der Vorschläge steht die Behandlung der wesentlichen Beteiligung als Geschäftsvermögen. Die Einführung der Beteiligungsgewinnsteuer wurde unter anderem mit dem Argument begründet, dass die wesentliche Beteiligung wirtschaftlich durch den Einfluss oder bei der massgebenden Beteiligung durch die Beherrschung der Gesellschaft dem Geschäftsvermögen sehr nahe komme (80). Andere steuerrechtliche Konsequenzen, die mit dieser Qualifikation verbunden wären, blieben allerdings aus. So könnte der Steuer-

76) Anderer Meinung David, 115.

77) Reich, StR 33 (1978), 503.

78) Böckli, ASA 42 (1973/74), 376 ff.

79) Masshardt N 81 zu Art. 21 Abs. 1 lit. c WStB.

80) Böckli, ASA 42 (1973/74), 390.

pflichtige bei Zuweisung der Beteiligung zum Geschäftsvermögen einen nachweisbaren Minderwert auch steuerlich abschreiben. Der Veräusserungsgewinn würde zusammen mit dem übrigen Betriebseinkommen von der ordentlichen Einkommenssteuer erfasst. Eine unbeschränkte Verrechnung von Veräusserungsverlusten im Rahmen des kaufmännischen Steuerrechts und der Gesamtreineinkommenssteuer wäre gewährleistet (81).

Ueber die gesetzlich festzulegende prozentuale Höhe der Beteiligung kann eine Einteilung der steuerfreien und steuerbaren Gewinne ganz nach deren Merkmalen oder Verwendung getroffen werden (82). Eine Mehrheitsbeteiligung ist grundsätzlich als Geschäftsvermögen zu behandeln, denn sie wird sicher zur Beherrschung der Gesellschaft und selten als Kapitalanlage eingesetzt. Der Mehrheitsaktionär kann auch die Gewinnpolitik bestimmen und durch entsprechende Gewinnanhäufung die vom Gesetzgeber gewollte Doppelbelastung von Gesellschaft und Beteiligten umgehen. Beteiligungen unter 50 Prozent sind entsprechend ihrer Verwendung steuerbar oder steuerfrei. Bei einer Beteiligung von 20 - 50 Prozent wird, nach einem Vorschlag von Böckli, Geschäftsvermögen vermutet, wobei der Eigentümer den Nachweis der Kapitalanlage erbringen kann. Eine Beteiligung von weniger als 20 Prozent gilt als Privatvermögen (83).

In der Literatur wurde auch schon die Einführung einer Börsensteuer als Ergänzung zur Beteiligungsgewinnsteuer vorgeschlagen (84). Der Beteiligungsgewinn unterliegt wie bis anhin der Beteiligungsgewinnsteuer, die Gewinne aus der Veräusserung kotierter Wertpapiere wären hingegen dieser Börsensteuer, ähnlich der Verrechnungssteuer, unterworfen.

81) Vernehmlassung des Regierungsrates des Kantons Zürich, 12.

82) Böckli, ASA 42 (1973/74), 391.

83) Böckli, ASA 42 (1973/74), 391 f.

84) Cagianut, Kapitalgewinne, 71.

§ 9 VERÄUSSERUNGSGEWINN AUF GESCHÄFTSVERMÖGEN NATÜRLICHER PERSONEN

I. IM BUND

A. Gesetzliche Regelung

1. WEHRSTEUERRECHTLICHER EINKOMMENSBEGRIFF

Nach Art. 21 Abs. 1 WStB fällt das gesamte Einkommen des Steuerpflichtigen, das ihm aus Erwerbstätigkeit, als Vermögensertrag aus beweglichem und unbeweglichem Vermögen und aus anderen Einnahmequellen, namentlich als Kapitalgewinn, zufließt, in die Steuerberechnung.

a) Einkommen aus Wertschriftenhandel

Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a WStB wird das Einkommen, das der Steuerpflichtige aus dem gewerbsmässigen Wertpapierhandel erzielt, besteuert (1). In der Regel stellt der Gewinn, den der Private aus Wertschriftenverkauf erzielt, einen blossen Gelegenheitsgewinn dar und bleibt deshalb steuerfrei. Anders hingegen der gewerbsmässige Wertpapierhandel, der als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit betrachtet und folgedessen im Umfange der realisierten Gewinne steuerpflichtig wird (2).

1) Masshardt N 26 zu Art. 21 Abs. 1 lit. a WStB.

2) Anderer Meinung Känzig, Wehrsteuer EB, N 34 zu Art. 21 Abs. 1 lit. a WStB.

b) Kapitalgewinn als ausserordentlicher Gewinn

Nach Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB fällt das gesamte Einkommen des Steuerpflichtigen, bestehend aus Erwerbseinkommen, Vermögensertrag oder Einkünften anderer Einnahmequellen, insbesondere "Kapitalgewinne, die im Betrieb eines zur Führung kaufmännischer Bücher verpflichteten Unternehmens bei der Veräusserung oder Verwertung von Vermögensstücken erzielt werden, wie Liegenschaftsgewinne, Mehrerlös aus Wertschriften, Liquidationsgewinne bei Aufgabe oder Veräusserung eines Unternehmens usw." in die Steuerberechnung.

Der Kapitalgewinn ist der Oberbegriff für alle ausserordentlichen Gewinne. Besteuert wird nur der Kapitalgewinn auf dem Geschäftsvermögen, sofern der Steuerpflichtige nach Art. 957 OR in Verbindung mit Art. 934 OR und Art. 52 ff. HRegV buchführungspflichtig ist.

B. Subjektive Voraussetzungen

1. BUCHFUEHRUNGSPFLICHT

Nach Art. 957 OR ist buchführungspflichtig, "wer verpflichtet ist, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen". Die Pflicht zur Eintragung einer Firma erfüllt nach Art. 934 Abs. 1 OR und Art. 52 ff. HRegV, "wer ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt". Als Gewerbe im Sinne dieser Verordnung gilt eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit. "Trotz dieser weiten Umschreibung fallen ganze Kategorien von Geschäftsbetrieben nicht unter die Eintragungspflicht. Dies rührt davon her, dass einerseits nur die nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe eintragungspflichtig sind und andererseits das Bundesgericht diesen Begriff in Unterschätzung des Selbstschutzcharakters der HReg-Vorschriften sehr eng auslegt und ausser der Urproduktion und den liberalen Berufen auch die meisten Handwerksbetriebe und die übrigen Kleinunternehmungen, die nicht ausgesprochene Handelsgewerbe sind, als nicht kaufmännisch geführte Betriebe betrach-

tet" (3). Kein buchführungspflichtiges Unternehmen im Sinne des Wehrsteuerrechts besteht, wenn nicht nach Obligationenrecht, aber nach einem anderen eidgenössischen oder kantonalen Gesetz die Führung kaufmännischer Bücher vorgeschrieben ist (4). Deshalb kommt es nicht darauf an, ob die Unternehmung im massgebenden Zeitpunkt tatsächlich im Handelsregister eingetragen ist, vielmehr ob sie zur Eintragung verpflichtet wäre. Im weiteren ist die Unternehmung nur eintragungspflichtig, wenn ihre jährlichen Roheinnahmen die Summe von Fr. 100 000.- erreichen (5). Für die Berechnung des notwendigen Mindestbetrages wird der Umsatz aus sämtlichen Geschäftsbetrieben des Inhabers zusammengerechnet. Unter Umständen kann deshalb für ein einzelnes Gewerbe, das allein die Mindestgrenze nicht erreicht, trotzdem eine Pflicht zur Führung kaufmännischer Bücher bestehen (6).

2. GEWERBSMASSIGER WERTSCHRIFTENHANDEL

Unabhängig von diesem formalen Kriterium der Buchführungspflicht wird der Selbständigerwerbende generell steuerpflichtig für die im gewerbsmässigen Wertschriftenhandel realisierten Gewinne (7).

3) Känzig, Wehrsteuer, N 92 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB.

4) Masshardt N 103 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB.

5) Art. 54 HRegV.

6) Masshardt N 107 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB; Känzig, Wehrsteuer EB, N 92 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB.

7) Art. 21 Abs. 1 lit. a WStB. Vgl. auch vorne, 132.

C. Steuererhebung

1. BEMESSUNG DES KAPITALGEWINNES

Der steuerbare Veräußerungsgewinn entspricht rechnerisch dem Unterschied zwischen dem Anschaffungs- oder Buchwert (Einkommenssteuerwert) der Aktien und dem Verkaufserlös (8). Soweit auf den Aktien Abschreibungen vorgenommen worden sind, ist vom niedrigeren Buchwert auszugehen (9). Die zugelassenen Abschreibungen, nämlich die Differenz zwischen dem Ausgangswert und dem Buchwert werden somit bei der Veräußerung einkommenswirksam. Im Falle der Privatentnahme der Aktien tritt der Verkehrswert an die Stelle des Verkaufserlöses (10).

2. VERANLAGUNG

Der geschäftliche Kapitalgewinn ist Bestandteil des ordentlichen Einkommens des Steuerpflichtigen. Dieser Gewinn wird somit zusammen mit dem übrigen Einkommen besteuert. Im Wehrsteuerrecht bilden die beiden Jahre, die der Veranlagungsperiode vorangehen, die Berechnungsperiode (11). Der Kapitalgewinn wird nicht in die ordentliche Steuerberechnung einbezogen, wenn die Steuerpflicht aufhört (12), beispielsweise gibt der Steuerpflichtige seinen Wohnsitz oder Aufenthalt auf, oder bei Vornahme einer Zwischenveranlagung (13), wie infolge von Aufgabe der Berufstätigkeit.

8) Vgl. Känzig, Wehrsteuer, N 107 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB. Einzelheiten zur Gewinnberechnung vorne, 98 ff.

9) Masshardt N 125 ff. zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB.

10) Masshardt N 125 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB; Känzig, Wehrsteuer, N 109 zu Art. 21 Abs. 1 lit. d WStB.

11) Art. 41 Abs. 1 WStB.

12) Masshardt N 4 f. zu Art. 43 WStB.

13) Masshardt N 6 ff. zu Art. 43 WStB.

3. VERRECHNUNG DER KAPITALVERLUSTE

Allfällige Kapitalverluste können vom steuerbaren Einkommen in Abzug gebracht werden (14).

D. Steuerbemessung

Der geschäftliche Kapitalgewinn wird zusammen mit dem übrigen Einkommen nach dem progressiv ausgestalteten Einkommenssteuertarif besteuert (15).

II. IM KANTON ZUERICH

A. Gesetzliche Regelung

Bei den Ausführungen über die Abgrenzungsprobleme zwischen den Vermögensobjekten des Privat- und Geschäftsvermögens wurde bereits darauf hingewiesen, dass der entstandene Kapitalgewinn des Geschäftsvermögens Bestandteil der ordentlichen Einkommensberechnung bildet. Gemäss § 19 lit. b StG gehören zum steuerbaren Einkommen "Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit, insbesondere aus ... dem Betrieb eines Geschäftes oder Gewerbes oder der Ausübung eines freien Berufes, einschliesslich der Gewinne bei Veräusserung von Geschäftsvermögen oder bei Uebernahme in das Privatvermögen".

14) Masshardt N 36 zu Art. 22 Abs. 1 lit. c WStB.

15) Art. 40 Abs. 1 WStB.

B. STEUERERHEBUNG

1. AUSSERORDENTLICHE GEWINNE

Entsprechend § 19 lit. b StG gilt die Veräusserung von Geschäftsvermögen als Steuertatbestand (16). Die Aktien scheiden aus dem Geschäftsvermögen des Steuerpflichtigen aus und an deren Stelle tritt die Gegenleistung des Erwerbers. Der in dieser Gegenleistung realisierte Gewinn, der in der Differenz zwischen dem Buchwert (Einkommenssteuerwert) und dem Verkaufserlös auftritt, wird somit einkommenswirksam (17). Dieser Veräusserungsgewinn erscheint in der Erfolgsrechnung als ausserordentlicher Gewinn, da er nicht auf die eigentliche Geschäftstätigkeit zurückzuführen ist (18).

2. VERRECHNUNG VON VERLUSTEN MIT GEWINNEN

Nun besteht auch die Möglichkeit, dass der Steuerpflichtige bei diesem Veräusserungsgeschäft einen Verlust erzielt. Im Gegensatz zur Beteiligungsgewinnsteuer besteht im Bereich des kaufmännischen Steuerrechts die unbeschränkte Verrechnungsmöglichkeit von Veräusserungsverlusten, denn grundsätzlich ist der in einer Bemessungsperiode effektiv erzielte Reingewinn steuerbar (19). Buchungsmässig vermindert der realisierte Verlust den Reingewinn der Erfolgsrechnung. Entsprechend dem System der Gesamtreineinkommenssteuer sind die realisierten Kapitalverluste aus der selbständigen Erwerbstätigkeit mit den Ueberschüssen anderer Einnahmequellen verrechenbar (20). Sobald also der Steuerpflichtige bei der Veräusserung einen Verlust erleidet, so kann er diesen der Erfolgsrechnung desjenigen Geschäftsjahres belasten, in wel-

16) Ueber die Realisationstatbestände vorne, 103 ff.

17) Einzelheiten über die Gewinnberechnung vorne, 98 ff.

18) Blumer/Graf, 35 ff., bezeichnen allerdings die Erträge aus Beteiligungen als betriebsfremde Erträge, da diese mit dem Geschäftsbetrieb eine lose Verbindung haben. Reimann/Zuppinger/Schärrier N 368 f. zu § 19 lit. b StG.

19) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 376 zu § 19 lit. b StG.

20) Zuppinger, StR 31 (1976), 61; Reimann/Zuppinger/Schärrier N 3 zu Vorbemerkungen zu §§ 19 - 32 StG.

chem der Verlust entstanden ist. Ein verbleibender Verlustsaldo kann sogar im nächsten, gegebenenfalls noch im übernächsten Steuerjahr verrechnet werden (21).

3. VERANLAGUNG

Der geschäftliche Kapitalgewinn wird nun nicht einzeln, sondern zusammen mit dem übrigen Einkommen des Steuerpflichtigen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erfasst. Der im Zürcher Steuergesetz verwendete Einkommensbegriff ergibt sich aus dem Grundsatz der allgemeinen Reineinkommenssteuer, unter den auch das Zuwachsgewinneinkommen fällt (22). Somit wird der geschäftliche Kapitalgewinn nicht gesondert besteuert.

Eine Ausnahme von dieser Regelung ist vorgesehen, wenn eine Geschäftsperiode für die Steuerveranlagung ausser Betracht fällt, nämlich bei Beginn der Steuerpflicht (23) sowie bei Beendigung der Steuerpflicht (24). In diesen Fällen wird der Gewinn als Liquidationsgewinn mit einer Jahressteuer besteuert (25).

C. Steuerbemessung

Steuerberechnungsgrundlage für die Einkommenssteuer selbständig erwerbender Steuerpflichtiger ist das gesamte Reineinkommen während einer Bemessungsperiode. Der realisierte Kapitalgewinn wird nicht selbständig, sondern zusammen mit dem übrigen Einkommen des Pflichtigen veranlagt. Somit wird auf den geschäftlichen Kapitalgewinnen eine Steuer erhoben, die nach Mass-

21) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 376 zu § 19 lit. b StG.

22) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 7 zu Vorbemerkungen zu §§ 19 - 32 StG.

23) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 8 zu § 57 StG.

24) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 3 zu § 58 StG.

25) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 10 zu § 57 StG, N 6 zu § 58 StG.

gabe der progressiv ausgestalteten Einkommenstarife berechnet wird (26). Die Progression beruht auf dem Grundsatz der Besteuerung des Steuerpflichtigen nach seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

III. UEBERBLICK UEBER DIE ANDERN KANTONALEN STEUERORDNUNGEN

A. Besteuerung des Kapitalgewinnes mit übrigem Einkommen

In der Mehrzahl der Kantone unterliegt der Kapitalgewinn aus der Veräusserung von beweglichen Objekten des Geschäftsvermögens der Einkommenssteuer (27).

B. Besteuerung des Kapitalgewinnes bei Buchführungspflicht

Eine Anzahl Kantone folgt dem formalen Kriterium der Wehrsteuerregelung, indem nur die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von beweglichen Objekten des Geschäftsvermögens buchführungspflichtiger Unternehmer der Einkommenssteuer unterliegen (28).

26) § 32 Abs. 1 und 2 StG. Das Zürcher Steuergesetz kennt zwei Tarife für die Einkommenssteuer: Den "Tarif a" (§ 32 Abs. 1 StG) für in ungetrennter Ehe lebende Steuerpflichtige sowie für getrennt lebende, geschiedene, verwitwete und ledige Steuerpflichtige, die mit Kindern im Sinne von § 31 Abs. 1 Ziff. 3 StG zusammenleben, und den "Tarif b" für die andern Steuerpflichtigen.

27) Es handelt sich um die Kantone LU, OW, NW, ZG, SO, BS, BL, SH, AR, AI, GR, AG, TG, TI, VD, VS.

28) Z.B. BE Art. 77 Abs. 3 lit. b StG; SZ § 19 Abs. 1 lit. a StG. Vgl. allerdings für den Wertschriftenhändler vorne, 94, 132.

§ 10 VERÄUSSERUNGSGEWINN AUF VERMÖGEN JURISTISCHER PERSONEN

I. VORBEMERKUNG

Die Unterscheidung zwischen Privatvermögen und Geschäftsvermögen fällt weg, da eine juristische Person nur Geschäftsvermögen hat (1). Die Grundlage der Besteuerung bildet der Saldo der Erfolgsrechnung (2). Die Besteuerungsgrundsätze des Veräußerungsgewinnes, wie sie für die Aktienmehrheit im Geschäftsvermögen natürlicher Personen dargelegt wurden, gelten auch sinngemäss, wenn das Steuersubjekt eine juristische Person ist (3).

II. UEBERBLICK UEBER DIE BESTEUERUNGSSYSTEME

Für die Aktiengesellschaft lassen sich folgende Besteuerungssysteme unterscheiden:

- Besteuerung wie natürliche Personen
 - Progressive Einkommens- und Vermögenssteuer (4)
 - Progressive Reingewinnsteuer und proportionale Kapitalsteuer (5)
- Besteuerung mit einer Ertragssteuer
 - Einfache Reinertragssteuer, proportionale Kapitalsteuer (6)
 - Ertragssteuer progressiv, Kapitalsteuer proportional (7)

1) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 8 zu § 45 StG; Känzig, Wehrsteuer, N 3 zu Art. 49 WStB.

2) Zuppinger, StR 31 (1976), 61.

3) Vgl. vorne, 132 ff.

4) AI Art. 45 StG, mit Wahlrecht auf Ertrags- und Kapitalbesteuerung. AR Art. 3 Abs. 2, 46 Abs. 1 StG.

5) NW Art. 29, 31, 33 StG.

6) AG § 49 StG mit Hinweis auf § 18, 19 AStG.

7) Art. 57 WStB. BL § 58 Abs. 1 und 2, 62 StG; BS § 71 Abs. 1 lit. a, 74 Abs. 1 StG; FR Art. 86, 95 LIC; GE Art. 73 Abs. 1 und 2 LCP; GL Art. 45 Abs. 1, 47 StG; LU § 53 Abs. 1, 54 Abs. 3 StG; NE Art. 63 Abs. 1, 67 Abs.

- Ertrags- und Kapitalsteuer progressiv (8)

III. IM BUND

A. Gesetzliche Regelung

Nach Art. 48 lit. a WStB entrichten Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung eine Steuer vom Reinertrag (9).

B. Steuererhebung

Die Kapitalgesellschaften und die GmbH entrichten eine Reinertragssteuer, die sich nach einem Drei-Stufentarif berechnet (10). Bei diesem System wird der Ertrag in Teile zerlegt, von denen jeder proportional besteuert wird, wobei der Steuersatz von Stufe zu Stufe steigt (11). Steuerobjekt ist der Reingewinn in der Gewinn- und Verlustrechnung, zusammengesetzt aus den ordentlichen Erträgen einerseits und den ausserordentlichen Erträgen anderseits, zu denen der Veräusserungsgewinn gerechnet wird. Diese Gewinne werden

1 LID; OW Art. 102 Abs. 1, 111 StG; SH Art. 52, 56c StG; SZ § 40 Abs. 1 StG; TI Art. 75 Abs. 1, 80 LT; UR Art. 45 Abs. 1 und 3 StG; VD Art. 56, 58 Abs. 1 LID; VS Art. 89, 99 LF; ZG Art. 47, 49 Abs. 1 StG; ZH § 48 Abs. 1 und 3 StG.

8) BE Art. 66 Abs. 1, 70 StG; GR Art. 56, 58 StG; JU Art. 73 Abs. 1, 83 LID; SG Art. 74 Abs. 1 und 4 StG; SO § 64 Abs. 1, 65 StG; TG § 51 StG.

9) Der Wehrsteuerbeschluss teilt die juristischen Personen in drei Kategorien. Zur ersten Kategorie zählen die Aktiengesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 48 WStB). Zur zweiten Kategorie gehören die Genossenschaften (Art. 50 WStB) und zur dritten die übrigen juristischen Personen, wie Vereine, Stiftungen, öffentlich-rechtliche und kirchliche Körperschaften und Anstalten sowie Körperschaften des kantonalen Rechts im Sinne von Art. 59 ZGB (Art. 51 WStB).

10) Masshardt N 1 zu Art. 57 WStB.

11) Ulrich, 31.

nach dem Wehrsteuerrecht als Bestandteil des steuerbaren Reingewinnes bzw. Reinertrages erfasst.

Realisierte Veräusserungsverluste bewirken eine Vermögensverminderung und können in der Erfolgsrechnung als Aufwand ertragsmindernd verrechnet werden (12). Hier besteht also die Möglichkeit der unbeschränkten Verrechnung von Verlusten.

IV. IM KANTON ZUERICH

A. Gesetzliche Regelung

Der Kanton Zürich erhebt bei Aktiengesellschaften eine Ertragssteuer auf dem Reinertrag (13) und eine Kapitalsteuer auf dem einbezahlten Grundkapital und den als Ertrag versteuerten Reserven (14). Für die Berechnung des steuerbaren Ertrages wird auf den Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung sowie auf die der Rechnung belasteten, geschäftsmässig nicht begründeten Aufwendungen und nicht gutgeschriebenen Einkünfte abgestellt (15).

B. Steuererhebung

Gleich der Wehrsteuerregelung wird auch im Zürcher Steuergesetz der Veräusserungsgewinn zu den übrigen Erträgen gerechnet (16). Bei der Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, GmbH und der Genossenschaft ist die Ertragssteuer entsprechend der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit progressiv ausgestaltet: "Halb soviele Prozente des steuerbaren Ertrages, als dieser Prozente des steuerbaren Kapitals beträgt, jedoch mindestens 3 % und

12) Vgl. vorne, 136.

13) § 45, 46 StG.

14) § 47 Abs. 1 lit. a StG.

15) § 45 Abs. 1 StG.

16) § 45 Abs. 1 lit. c StG.

und höchstens 10 % des steuerbaren Ertrages" (17). Zur Bestimmung des Steuersatzes wird in erster Linie der steuerbare Reinertrag mit dem steuerbaren Kapital verglichen. Die Ertragsintensität zeigt sich nämlich im Verhältnis zwischen dem Ertrag und dem Kapital, was man als Rendite bezeichnet, und erst in zweiter Linie in der absoluten Höhe des herausgewirtschafteten Ertrages (18).

Für die übrigen juristischen Personen wurde eine andere Regelung getroffen, indem sich die Ertragssteuer für diese Gesellschaften nach Spezialtarifen berechnet (19).

17) § 48 Abs. 1 StG. Auf dieser nach § 48 Abs. 1 StG berechneten Steuer wird gemäss Abs. 2 noch ein Zuschlag von 15 Prozent erhoben.

18) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 3 zu § 48 StG; Ulrich, 31.

19) § 51 f. StG.

§ 11 VERÄUSSERUNGSGEWINN AUF VERMÖGEN VON BETEILIGUNGS- UND HOLDINGGESELLSCHAFTEN

I. VORBEMERKUNGEN

Im folgenden werden die besonderen Steuerrechtsverhältnisse dargelegt, die entstehen, wenn die juristische Person eine Beteiligungs- oder Holdinggesellschaft ist, welche die Aktienmehrheit veräussert. Der Veräusserungsgewinn bleibt grundsätzlich Bestandteil des steuerbaren Reinertrages, aber es gilt abzuklären, wie weit sich diese Steuer unter bestimmten Voraussetzungen ermässigt (Beteiligungs- oder Holdingabzug) oder sogar ganz wegfällt (Holdingprivileg). Die ratio legis dieser steuerrechtlichen Bestimmungen liegt darin, die wirtschaftliche Dreifachbelastung, die durch das Auftreten einer weiteren Gesellschaft entsteht, zu vermeiden.

II. BETEILIGUNGS- UND GEMISCHTE HOLDINGGESELLSCHAFTEN

A. Begriff

Als Beteiligungsgesellschaft gelten Gesellschaften, die mit einem bestimmten Anteil am Grundkapital einer oder mehrerer Gesellschaften beteiligt sind (1). Ihr Zweck besteht nicht ausschliesslich im Erwerb und in der Verwaltung von Beteiligungen, sondern sie können daneben einen Handels-, Gewerbe- oder Fabrikationsbetrieb unterhalten. Das Gesellschaftsvermögen umfasst in diesem Fall nicht nur die Beteiligungen, sondern auch anderweitige Vermögensobjekte. Der steuerliche Begriff der Beteiligungsgesellschaft, wie er hier verwendet wird, entspricht auch demjenigen der gemischten oder industriellen Holdinggesellschaft. Im Schrifttum werden die verschiedensten Definitionen verwendet, aber für die Betrachtung der steuerlichen Folgen, anders gesagt

1) Oesch R., 73; Masshardt, ASA 36 (1967/68), 356.

für die steuerlichen Begriffe muss kein Unterschied gemacht werden (2). Massgebend ist, dass die Gesellschaft am Grund- oder Stammkapital anderer Gesellschaften mit einem Mindestanteil, z.B. gemäss Art. 59 WStB mit 20 Prozent beteiligt ist, aber diesen Zweck nicht ausschliesslich oder hauptsächlich verfolgt, wie dies bei der reinen Holdinggesellschaft der Fall ist (3). Sie unterscheidet sich ferner dadurch, dass die Beteiligungen auch nicht als Macht- oder Kontrollinstrumente eingesetzt werden und auch nicht von einer bestimmten Beteiligungsdauer abhängen (4).

B. Keine Steuerermässigung auf dem Veräusserungsgewinn

1. IM BUND

Im Wehrsteuerrecht wird Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit massgeblichen Beteiligungen eine Ermässigung der Gewinnsteuer gewährt (5). Dieser sog. Beteiligungsabzug richtet sich nach dem Verhältnis des Ertrages aus den massgebenden Beteiligungen zum Gesamtertrag. Steuerlich relevante Voraussetzung ist, dass die Beteiligung bei Beginn der Steuerpflicht mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital anderer Gesellschaften oder Genossenschaften oder, wenn das nicht zutrifft, einen Wehrsteuerwert von mindestens zwei Millionen Franken ausmacht (6). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, wird ein Beteiligungs- oder Holdingabzug auf die Beteiligungserträge gewährt (7). Die Steuerermässigung bezieht sich nur auf die Beteiligungserträge. Als solche kommen alle ordentlichen oder ausserordentlichen Leistungen in Frage, die bei der betreffenden Gesellschaft, an der die Beteiligung besteht, eine Gewinnausschüttung darstellen wie beispielsweise Dividenden, verdeckte

2) Reimann/Zuppinger/Schärner N 13 zu § 50 StG; Oesch R., 62; Zweifel, 51, 140.

3) Abgrenzung zur reinen Holdinggesellschaft hinten, 147.

4) Oesch R., 51.

5) Art. 59 WStB.

6) Art. 59 Abs. 1 und 2 WStB.

7) Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 29. Juni 1959, Ziff. 3 (Anwendung von Art. 59 WStB).

Gewinnausschüttungen, Ausschüttung auf Genussscheine, Liquidationsanteile (8). Keine Beteiligungsgewinne sind Leistungen, wie die Kapitalrückleistungen, der geschäftsmässig begründete Aufwand der Gesellschaft, an der die Beteiligung besteht, und die Kapital- und Aufwertungsgewinne auf Beteiligungen (9).

Der Veräusserungsgewinn stellt aber nach Wehrsteuerrecht keinen Beteiligungsertrag dar und folglich wird keine Steuerermässigung gewährt. Die Veräusserungs- oder Kapitalgewinne auf Beteiligungen stellen wohl Gewinne der Muttergesellschaft aus Beteiligungen an der Tochtergesellschaft dar, nicht aber Beteiligungserträge im eigentlichen Sinne, für die allein der Beteiligungs- oder Holdingabzug gewährt wird. Die Besteuerung des Veräusserungsgewinnes erfolgt wie bei den anderen Kapitalgesellschaften im Rahmen der allgemeinen Reinertragssteuer (10).

2. IM KANTON ZUERICH

Der Kanton Zürich kennt keine Steuerermässigung im Sinne eines Holding- oder Beteiligungsabzuges (11). Er gewährt denjenigen Gesellschaften, welche die Voraussetzungen einer reinen Holdinggesellschaft erfüllen, eine privilegierte steuerliche Behandlung (12). Dies ergibt sich aus der Formulierung des § 50 StG, dass nur "Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften, deren Zweck hauptsächlich in der dauernden Verwaltung von Beteiligungen anderer Unternehmungen liegt", das Holdingprivileg gewährt wird. Gesellschaften, die den entsprechenden Voraussetzungen nicht genügen, werden wie die gewöhnlichen Kapitalgesellschaften besteuert.

8) Masshardt N 10 zu Art. 59 WStB. Einzelheiten vgl. Merkblatt der Eidg. Steuerverwaltung, vom 31. Juli 1967, betreffend die Berechnung der Ermässigung bei Beteiligung mit massgebendem Einfluss (Art. 59 WStB), Ziff. 2.1.

9) Merkblatt der Eidg. Steuerverwaltung Ziff. 2.3., zit. Anm. 8.

10) Vgl. vorne, 140.

11) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 4 zu § 50 StG; Zweifel, 139.

12) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 3 f. zu § 50 StG.

III. REINE HOLDINGGESELLSCHAFTEN

A. Im Bund

Das Wehrsteuerrecht kennt kein Holdingprivileg und unterscheidet deshalb auch nicht zwischen reinen und gemischten Holdinggesellschaften (13). Reine Holdinggesellschaften können höchstens einen Beteiligungs- oder Holdingabzug nach Art. 59 WStB beanspruchen (14). Da eine Steuerermässigung nach Wehrsteuerdogmatik nur auf Beteiligungserträgen gewährt wird, erfolgt die Besteuerung des Veräusserungsgewinnes wie bei den gewöhnlichen Kapitalgesellschaften.

B. Im Kanton Zürich

1. BEGRIFF UND WESEN

Das Zürcher Steuergesetz anerkennt als Holdinggesellschaften "Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, deren Zweck hauptsächlich in der dauernden Verwaltung von Beteiligungen an andern Unternehmungen besteht" (15). Diese Legaldefinition bedarf einer näheren Umschreibung. Als Rechtsform der Holdinggesellschaft kommen Kapitalgesellschaften, nämlich Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften in Frage (16). Das entscheidende Kriterium für die Gewährung des Holdingprivileges liegt im Gesellschaftszweck. Der Zweck einer Holdinggesellschaft muss in der Verwaltung von Beteiligungen an andern Gesellschaften liegen. Dieser manifestiert sich aus den Statuten und der tatsächlichen Verwaltungstätigkeit. Der Zweck muss statutarisch gesichert sein;

13) Zweifel, 143; Masshardt, ASA 36 (1967/68), 362; Egger, 21. Deshalb wird der Begriff der reinen Holdinggesellschaft erst für die Voraussetzung der Steuerprivilegierung im Kanton Zürich umschrieben.

14) Vgl. vorne, 145 f.

15) § 50 StG; Dienstanleitung RZ 269.

16) Egger, 52; Reimann/Zuppinger/Schärrer N 4 zu § 50 StG.

ist dies nicht der Fall, dann gewähren die Steuerbehörden das Holdingprivileg nur unter dem Vorbehalt, dass die Statuten bei nächster Gelegenheit angepasst werden (17). Dieser Zweck muss von der Holdinggesellschaft auch tatsächlich verfolgt werden, denn gemäss dem Gesetzestext besteht die Holdingfunktion ausschliesslich oder hauptsächlich in der Erreichung dieses Zweckes. Dabei kann der Umfang der Verwaltung sowohl in der Kontrolle der beteiligten Gesellschaften liegen als auch in der blossen Kapitalanlage an diesen Gesellschaften (18).

Die Steuerlehre unterscheidet einerseits Gesellschaften, die ausschliesslich Beteiligungen an andern Gesellschaften verwalten (Holdinggesellschaften im engeren Sinn) und andererseits Gesellschaften, die diesen Zweck hauptsächlich verfolgen (Holdinggesellschaften im weiteren Sinn) (19). Nach dem Zürcher Steuergesetz liegt die Holdingfunktion mindestens hauptsächlich in dieser Verwaltungstätigkeit von Beteiligungen. Dies ermöglicht der Holdinggesellschaft, neben dem Haupt- oder Holdingzweck einen Nebenzweck zu verfolgen (20). Als Nebenzweck kommt eine industrielle, kommerzielle oder gewerbliche Tätigkeit in Frage, die mit dem Charakter der Gesellschaft und der Holdingfunktion im Zusammenhang steht (21). Untergeordnete Tätigkeiten sind beispielsweise Vermögensverwaltungen und Kapitalanlagen anderer Unternehmungen, Lizenzverwertungen, Finanzierung von Tochtergesellschaften, Marketingfunktionen etc. (22). Nicht mit dem Holdingzweck vereinbar ist der Betrieb eines Bankgeschäftes, einer andern Dienstleistungs-, Handels- oder Fabrikationsunternehmung (23). Sobald die Gesellschaft neben der eigentlichen Holdingfunktion eine Erwerbstätigkeit ausübt, dann wird ihr das Holdingprivileg nicht gewährt. Das quantitative Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenzweck verlangt, "dass die Beteiligungen im Vergleich zu den übrigen Aktiven erheblich überwiegen und die bei weitem wichtigste Ertragsquelle der Gesellschaft

17) Egger, 59.

18) Egger, 55.

19) Reimann/Zuppinger/Schärner N 3 zu § 50 StG.

20) Reimann/Zuppinger/Schärner N 6 zu § 50 StG; Egger, 57; Oesch R., 314.

21) Reimann/Zuppinger/Schärner N 7 zu § 50 StG; Egger, 65; Oesch R., 330 ff.; Zweifel, 49.

22) Oesch R., 331 f.; Egger, 65.

23) Reimann/Zuppinger/Schärner N 7 zu § 50 StG.

sind" (24). Mit dem Limit "hauptsächlich" in § 50 StG wird verlangt, dass sowohl die Beteiligungsaktiven als auch die Beteiligungserträge überwiegen. In der Praxis liegt die Grenze der Beteiligungen am Gesamtvermögen und der Beteiligungserträge am Gesamtertrag bei 75 Prozent (25). Dieser Prozentsatz wird allerdings nicht absolut angewandt, sondern es wird von Fall zu Fall nach den konkreten Umständen entschieden. Einer Gesellschaft wird auch nicht sogleich das Privileg abgesprochen, wenn einmal der Nichtbeteiligungsertrag gegenüber dem Beteiligungsertrag zu stark ins Gewicht fällt, wie dies z.B. durch den Verkauf einer Beteiligung geschehen kann (26).

2. WEGFALL DER ERTRAGSSTEUER

a) Holdingprivileg

Gesellschaften, die die Voraussetzungen des § 50 StG erfüllen, gelangen in den Genuss des Holdingprivilegs und entrichten lediglich eine Kapitalsteuer von 0,6 Prozent des steuerbaren Kapitals. Der Sinn und Zweck dieses Privilegs liegt darin, die Dreifachbelastung von Unternehmungserträgen zu verhindern, da zwischen dem Aktionär und der wirtschaftlich aktiven Gesellschaft eine weitere juristische Person (Holdinggesellschaft) steht. Der Gesellschaftsgewinn würde nämlich bei allen drei Steuersubjekten von der Ertrags- bzw. Einkommenssteuer erfasst. Damit keine Dreifachbesteuerung desselben Steuersubstrates erfolgt, wurde die Holdinggesellschaft von der Reinertragssteuer befreit (27). Aus dieser Begründung ergibt sich weiter, dass das Holdingprivileg nur den Beteiligungsertrag umfasst.

24) Reimann/Zuppinger/Schärner N 20 zu § 50 StG.

25) Auskunft des kantonalen Steueramtes Zürich.

26) Reimann/Zuppinger/Schärner N 21 zu § 50 StG.

27) Reimann/Zuppinger/Schärner N 1 zu § 50 StG; Egger, 8 ff.; Oesch R., 176 f.; Zweifel, 131.

b) Steuerfreier Veräusserungsgewinn

Im Kanton Zürich werden nicht nur ausschliesslich die Beteiligungserträge privilegiert, sondern, solange die Gesellschaft die Holdingvoraussetzungen erfüllt, wird sie von jeder Ertragssteuer befreit (28). Der Veräusserungsgewinn einer Aktienmehrheit stellt keinen Beteiligungsertrag dar (29). Für diesen Kapitalgewinn entsteht für die Holdinggesellschaft keine Steuerpflicht und der Veräusserungsgewinn wird ertragssteuerfrei realisiert. Diese Gewinnanteile sind sogar von der Steuer befreit, auch wenn die Beteiligungserträge ausnahmsweise nicht die von der Praxis festgelegte Quote am Gesamtertrag erreichen sollten (30). Die Verwaltung von Beteiligungen bringt es notwendigerweise mit sich, dass die Gesellschaft neben dem Erwerb auch Beteiligungen veräussern muss. Allerdings sind dem Handel mit Beteiligungsrechten sehr enge Grenzen gesetzt, weil die Zürcher Steuerbehörde von den Holdinggesellschaften verlangt, dass die Beteiligungen für eine gewisse Dauer angelegt sind. Sobald der Handel sich als tatsächlicher Gesellschaftszweck erweisen sollte, dann kann der Gesellschaft das Holdingprivileg nicht mehr gewährt werden (31).

28) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 24 zu § 50 StG; Egger, 176.

29) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 23 zu § 50 StG.

30) Entscheid der Steuerrekurskommission des Kantons Zürich vom 8. März 1966 = StR 21 (1966), 415; Egger, 58, 179.

31) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 18 zu § 50 StG; Oesch R., 280.

§ 12 DIE VERÄUSSERUNG DER AKTIENMEHRHEIT EINER IMMOBILIENGESellschaft

I. GRUNDSATZLICHES

In der Schweiz unterliegt der bei der Handänderung von Grundstücken erzielte Gewinn aufgrund der kantonalen und kommunalen Steuerordnungen einer Spezialsteuer, welche entweder exklusiv oder alternativ zur ordentlichen Einkommenssteuer erhoben wird (1). Das Zürcher Steuergesetz unterwirft die Grundstückgewinne unabhängig von der Zuteilung als Privat- oder Geschäftsliegenschaft der Grundstückgewinnsteuer (2) und erhebt zusätzlich auf den Kaufpreis eine Handänderungssteuer (3). Die meisten kantonalen Steuerordnungen kennen keinen eigenen Begriff des Grundstückes, sondern stützen sich auf die zivilrechtliche Regelung ab (4). Somit gelten als Grundstücke die Liegenschaften, die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte, die Bergwerke sowie die Miteigentumsanteile an Grundstücken (5).

Die Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer werden anlässlich der Handänderung von Grundstücken erhoben. Welche Realisationstatbestände als Handänderungen zu gelten haben, ergibt sich aus dem betreffenden kantonalen Steuerrecht. Grundsätzlich bedeutet die Handänderung die vollständige oder teilweise Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück. Diese Uebertragung kann einerseits durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte wie Kauf, Tausch, Schenkung, Erbvorbezug etc. oder aufgrund öffentlichrechtlicher Verfügungen wie Zwangsvollstreckung, Enteignung oder Grenzbereinigung erfolgen (6). In diesen Fällen spricht man von zivilrechtlichen Handänderungen. Andererseits

1) Ueberblick über die verschiedenen Steuersysteme Ochsner, 137 ff.; Benno Grossmann, Die Besteuerung der Gewinne auf Geschäftsgrundstücken, Diss. St. Gallen 1977, 9 ff.

2) ZH § 161 StG.

3) ZH § 178 StG.

4) Art. 655 ZGB in Verbindung mit Art. 943 ZGB.

5) ZH § 156 StG. Einzelheiten dazu in Reimann/Zuppinger/Schärer N 1 ff. zu § 156 StG; Ochsner, 61 ff.

6) Reimann/Zuppinger/Schärer N 18 ff. zu § 161 StG; Ochsner, 102 ff. Es müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: gültiges Rechtsgrundgeschäft und der Grundbucheintrag (Art. 656 ZGB).

ist bei der Eigentumsübertragung an Grundstücken auch dann eine Handänderung anzunehmen, wenn gar kein Eigentumswechsel stattfindet. Diese wirtschaftliche Handänderung erfasst diejenigen Tatbestände, in denen nur die Verfügungsgewalt über ein Grundstück die Hand wechselt (7).

Sobald eine zivilrechtliche oder wirtschaftliche Handänderung stattgefunden hat, unterliegt der erzielte Gewinn der Grundstückgewinnsteuer. Steuerobjekt der Grundstückgewinnsteuer ist nicht das Grundstück selber, sondern der anlässlich der Veräusserung realisierte Gewinn. Das Grundstück stellt vielmehr die gegenständliche Grundlage des Grundstückgewinnes dar (8).

Bei der Veräusserung der Aktien einer Immobiliengesellschaft sind somit nicht nur die Kapitalgewinnsteuern, sondern auch die Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern zu berücksichtigen.

II. VERÄUSSERUNG DER BETEILIGUNG AN EINER IMMOBILIENGESellschaft

Eine Grundstückgewinnsteuerpflicht kann unter gewissen Voraussetzungen nur bei der Veräusserung von Beteiligungen an reinen Immobiliengesellschaften entstehen (9). Diese Steuerpflicht entsteht also nicht schon bei Beteiligungen an Gesellschaften, deren Liegenschaften lediglich die sachliche Grundlage für den Geschäftsbetrieb bilden. Eine Immobiliengesellschaft liegt nämlich dann vor, wenn der Zweck der Gesellschaft hauptsächlich im Erwerb, in der Verwaltung und im Verkauf von Grundstücken besteht (10). Die Besonderheit des Gesellschaftszweckes liegt darin, dass sie, die Gesellschaft, sich ausschliesslich oder überwiegend auf die Nutzbarmachung der Wertsteigerung ihres Grundbesitzes oder dessen Verwendung als sichere oder nutzbrin-

7) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 45 ff. zu § 161 StG; Ochsner, 114 ff.

8) Ochsner, 60.

9) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 62 zu § 161 StG. Vgl. auch die konstante Bundesgerichtspraxis dazu: BGE 85 I 102, 98 Ia 92 E 3, 99 Ia 464 E 3a, 103 Ia 159, 104 Ia 252 E 2, 3.

10) Vgl. dazu die Ausführungen in BGE 104 Ia 253 E 3a.

gende Kapitalanlage ausrichtet (11). Es entspricht durchaus den steuerlichen Bedürfnissen, nur die Beteiligungen an Immobiliengesellschaften zu erfassen, da vor der Einführung der wirtschaftlichen Handänderung als Steuertatbestand häufig reine Immobiliengesellschaften gegründet wurden, die eine Veräusserung der Grundstücke ohne Grundstücksgewinn- und Handänderungssteuerpflicht ermöglichten. Aus der erwähnten Definition ergibt sich weiter, dass der blosser Immobilienbesitz nicht schon als steuerbegründendes Abgrenzungskriterium zwischen einer Immobiliengesellschaft und einer Betriebsgesellschaft genügt. Solange nämlich die Grundstücke bloss die sachliche Grundlage für einen Fabrikations-, Handels- oder sonstigen Geschäftsbetrieb bilden, liegt keine reine Immobiliengesellschaft vor, sondern eine Betriebsgesellschaft (12). Im konkreten Fall kann der Immobilienwert den überwiegenden Anteil der Aktiven ausmachen, aber solange sie die sachliche Grundlage für den Betriebszweck bleiben, handelt es sich nicht um eine Immobiliengesellschaft. Eine Ausdehnung der Steuerpflicht auf Betriebsgesellschaften wird ausdrücklich abgelehnt (13).

Diese unterschiedliche Handhabung leuchtet ohne weiteres ein, denn der Rechtsgrund des Kaufgeschäftes der Mehrheitsbeteiligung einer Betriebsgesellschaft bezieht sich ausschliesslich auf die Uebertragung der Verfügungsmacht über die betreffende Gesellschaft und nicht auf die in deren Eigentum sich befindenden Grundstücke (14). Hier hilft auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht weiter, denn in erster Linie wird die Betriebsgesellschaft verkauft und erst als Folge davon ergibt sich auch die Veräusserung der Grundstücke. Der Aktienverkauf kann nicht als blosser Grundstücksverkauf gesehen und deshalb nicht als eine steuerbare Handänderung behandelt werden. Somit werden die Beteiligungen einer Betriebsgesellschaft, die Grundeigentum als sachliche Grundlage für die Erreichung des Betriebszweckes besitzt, steuerlich nicht wie Grundstücke behandelt. Eine derartige Ausweitung der Steuerpflicht wäre nur im Rahmen einer allgemeinen Kapitalgewinnsteuer möglich (15).

11) Reimann/Zuppinger/Schärner N 63 zu § 161 StG; Ochsner, 116 und dort zit. Literatur.

12) Reimann/Zuppinger/Schärner N 62 zu § 161 StG.

13) BGE 104 Ia 254.

14) BGE 99 Ia 468.

15) Ochsner, 119 und dort zit. Literatur.

III. ENTSTEHUNG DER OBJEKTIVEN STEUERPFLICHT

A. Wirtschaftliche Handänderung

1. BEGRIFF

Eine wirtschaftliche Handänderung liegt vor, wenn die Verfügungsgewalt über ein Grundstück ohne zivilrechtliche Uebertragung des Grundeigentums die Hand gewechselt hat (16). Die wirtschaftliche Handänderung wird in den Steuergesetzen aufgrund einer Generalklausel als steuerpflichtige Handänderung bezeichnet. Das Zürcher Steuergesetz stellt der Handänderung an Grundstücken "alle Rechtsgeschäfte, die bezüglich der Verfügungsgewalt über Grundstücke tatsächlich und wirtschaftlich wie Handänderungen wirken", gleich (17). Eine entsprechende Generalklausel findet sich heute in praktisch allen kantonalen Rechten (18).

Mit der wirtschaftlichen Handänderung werden alle Veräusserungsgeschäfte erfasst, die auf eine Uebertragung der Grundstücke hinauslaufen, ohne dass formell eine zivilrechtliche Handänderung vorliegt (19). Damit anerkennt das Steuerrecht nicht mehr einzig und allein das zivilrechtliche Rechtsgeschäft, sondern es stellt mittels der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf das Ergebnis ab (20).

2. VERÄUSSERUNG VON BETEILIGUNGEN

Die Veräusserung von Beteiligungen einer Immobiliengesellschaft ist eine der möglichen Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Handänderung. Der Rechtsgrund dieses Veräusserungsgeschäftes ist der Verkauf an und die Uebertragung der Aktien auf einen Dritten. Somit bilden die Aktien den Kaufgegenstand dieses Rechtsgeschäftes. Dadurch bleibt die Gesellschaft weiterhin Eigentümerin des Grundstückes, weil durch diesen Veräusserungsvorgang keine

16) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 46 zu § 161 StG; Ochsner, 114.

17) § 161 Abs. 2 lit. a StG.

18) Vgl. dazu Ochsner, 114 Anm. 364.

19) Reimann/Zuppinger/Schärrer N 45 zu § 161 StG.

20) Vgl. auch Ochsner, 67.

Eigentumsübertragung des Grundeigentums stattgefunden hat. Deshalb bedarf dieses Rechtsgeschäft weder der öffentlichen Beurkundung noch einer Aenderung des Eintrages im Grundbuch, wie dies das Gesetz bei der zivilrechtlichen Handänderung von Grundstücken fordert (21). Im Grunde genommen werden aber durch diese Veräusserungsgeschäfte auch anteilmässig die Grundstücke indirekt veräussert. Wirtschaftlich betrachtet kommt nämlich diese Uebertragung der Beteiligung einer eigentlichen Handänderung sehr nahe, da der Erwerber je nach Grösse der Beteiligung über die Grundstücke verfügen kann.

B. Veräusserung der Gesamtheit oder der Mehrheit der Aktien

Nicht jede Uebertragung von Beteiligungen einer Immobiliengesellschaft löst eine Grundsteuerpflicht aus. Vielmehr muss als zweite Voraussetzung das betreffende Veräusserungsgeschäft die Gesamtheit oder die Mehrheit der Aktien umfassen. Ausgehend von der zivilrechtlichen Eigentumsübertragung ist die Voraussetzung der steuerbaren Handänderung nur dann erfüllt, wenn durch den Verkauf der Beteiligung auch die Verfügungsgewalt über die Gesellschaftsgrundstücke vom Veräusserer auf eine Drittperson übertragen wird (22). Die Veräusserungsgewalt kann nur mit der Gesamtheit oder der Mehrheit der Aktien veräussert werden. Mit dieser Veräusserung wird natürlich nicht nur die Verfügungsgewalt über die Gesellschaft, sondern auch diejenige über die Gesellschaftsgrundstücke aufgegeben. Ob diese Voraussetzung im konkreten Fall erfüllt ist, beurteilt sich allein aus der Sicht des Veräusserers. Sobald er ein Aktienpaket von mehr als 50 Prozent der Aktienstimmen auf den Erwerber überträgt, liegt eine steuerbare Handänderung vor (23). Bei einer Beteiligung von weniger als 50 Prozent der Aktienstimmen ist hingegen die Voraussetzung der Handänderung nicht gegeben, da durch dieses Rechtsgeschäft die Verfügungsmacht nicht übertragen wird. Dies gilt selbst dann, wenn der Erwerber bereits mit einem gewissen Anteil an der Gesellschaft beteiligt

21) Art. 216 OR. Vgl. Ochsner, 100.

22) Reimann/Zuppinger/Schärner N 64 zu § 161 StG; Ochsner, 100. BGE 103 Ia 163.

23) Vgl. auch die Ausführungen über die Aktienmehrheit vorne, 23 ff.

ist und nun durch den zusätzlichen Kauf einer Minderheitsbeteiligung die Verfügungsgewalt erhält (24).

In der Literatur ist schon von verschiedenen Seiten die Meinung vertreten worden, dass eigentlich die Uebertragung jeder Beteiligung der Grundstücksgewinnsteuer zu unterwerfen ist. Die Veräusserung aller Anteile einer Immobiliengesellschaft kann durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise, indem nämlich auf die Substanz des Rechtsgeschäftes abgestellt wird, der Uebertragung des Grundeigentums gleichgestellt werden. Dies führt konsequenterweise zu einer Erweiterung des Grundstückbegriffes, unter den sich auch die Gesamtheit der Anteile einer Immobiliengesellschaft subsumieren lässt. Entsprechend fällt somit die Beteiligung unter den Begriff des Miteigentumsanteiles nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB, da sie ebenfalls einen rechtlich selbständigen, quotenmässig bestimmten Anteil am ganzen Grundstück verkörpert. Damit entfällt aber die steuerlich ungleiche Behandlung zwischen einer Mehrheits- und einer Minderheitsbeteiligung, weil der Unterschied nicht mehr in qualitativer, sondern bloss noch in quantitativer Hinsicht besteht (25).

Die unterschiedliche steuerliche Behandlung rührt davon her, dass der Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise den Begriff der Uebertragung eines Grundstückes ausgedehnt hat auf die Anwendungsfälle der wirtschaftlichen Handänderung von Grundstücken. Nach dem Wortlaut der wirtschaftlichen Handänderung werden aber nur Steuertatbestände erfasst, die eine Handänderung der Verfügungsgewalt zur Folge haben. Somit wurde also nicht der zivilrechtliche Grundeigentumsbegriff erweitert. Dadurch tritt natürlich der Gesichtspunkt der Gewinnrealisation zurück hinter denjenigen der Handänderung, was eigentlich nicht dem System einer Gewinnsteuer entspricht, wie sie die Grundstückgewinnsteuer darstellt (26). Auch in denjenigen Steuer-

24) Reimann/Zuppinger/Schärfer N 65 zu § 161 StG. In einem Entscheid hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich festgestellt, dass im Kauf wesentlicher Teile der dem Grundeigentum innewohnenden Verfügungsmacht eine rechtsgeschäftliche Uebertragung der Verfügungsmacht erblickt werden kann, da das betreffende Rechtsgeschäft tatsächlich und wirtschaftlich wie eine Handänderung wirkt, vgl. RB 1977 Nr. 92.

25) Einzelheiten darüber Ochsner, 118 ff.

26) Ochsner, 118.

ordnungen, die eine Besteuerung bei der Veräusserung von Minderheitsanteilen kennen, gelten diese Uebertragungen als steuerbare Handänderungen. Es handelt sich dabei um die Kantone Tessin, Waadt, Wallis und Neuenburg (27). Nur im Kanton Genf ist eine Erweiterung des zivilrechtlichen Grundstückbegriffs im Steuergesetz durchgeführt worden (28).

IV. KONZEPT DER GRUNDSTEUERN

A. Grundstückgewinnsteuer

1. SYSTEM DER STEUER

Die formelle Voraussetzung der Grundstückgewinn- sowie auch der Handänderungssteuerpflicht liegt vor, wenn durch das Veräusserungsgeschäft die Gesamtheit oder Mehrheit der Aktien einer Immobiliengesellschaft auf einen Dritten übertragen wird (29). Der anlässlich der Handänderung realisierte Gewinn unterliegt der Grundstückgewinnsteuer, wobei in den kantonalen Steuerordnungen unterschiedliche Steuersysteme zur Anwendung gelangen (30). Dabei sind folgende Steuersysteme zu unterscheiden:

- generelle Besteuerung der Grundstückgewinne mit einer Spezialsteuer (31),
- generelle Spezialsteuer der Grundstückgewinne mit teilweise kumulativer Einkommenssteuer (32),
- alternative Besteuerung der Grundstückgewinne im Rahmen der Einkommenssteuer oder einer exklusiven Spezialsteuer (33),

27) TI Art. 2 Abs. 2 lit. a LMVI; VD Art. 40 Abs. 3 LID; VS Art. 45 Abs. 2 lit. a LF; NE Art. 18 LIGI.

28) GE Art. 80 Abs. 2 LCP.

29) Vgl. vorne, 155.

30) Einzelheiten hierzu Ochsner, 137 ff.

31) Dieses System kennen die Kantone ZH, BE, UR, SZ, BL, AI, TG, TI, NE. Vgl. dazu Ochsner, 138 f.

32) Ochsner, 141 ff.

33) Ochsner, 144 ff.

- Besteuerung der Grundstücksgewinne im Rahmen der allgemeinen Einkommenssteuer mit ergänzender Spezialsteuer (34).

2. GEWINNBERECHNUNG

a) Begriff

Der Grundstücksgewinn ist gleich der Differenz zwischen dem Erlös und den Anlagekosten eines Grundstückes (35). Dieser sog. Wertzuwachs, der seit dem Erwerb auf dem Grundstück entstanden ist, ergibt den zahlenmässigen Grundstücksgewinn. Die Gewinnermittlung richtet sich somit nach diesen beiden Werten.

b) Anlagekosten

Die Anlagekosten setzen sich zusammen aus dem Erwerbspreis, den Erwerbskosten und den anrechenbaren Aufwendungen (36).

Der grundsteuerlich massgebende Erwerbspreis entspricht dem Kauf- oder Uebnahmepreis des Grundstückes mit Einschluss aller Leistungen des Erwerbers an den Veräusserer (37). Es werden alle Leistungen berücksichtigt, die der Erwerber in kausalem Zusammenhang mit der Handänderung geleistet hat (38). Lässt sich dieser Erwerbspreis nicht mehr feststellen oder wurde gar keiner festgesetzt, so wird für die Steuerberechnung auf den Verkehrswert des Grundstückes zur Zeit des Erwerbs abgestellt (39). Dieser Schätzungswert findet vor allem Anwendung beim Altbesitz, wobei die erforderliche Besitzesdauer in den Steuergesetzen verschieden geregelt ist (40). Im Zürcher

34) Ochsner, 137 f.

35) ZH § 164 Abs. 1 StG.

36) Ochsner, 91.

37) ZH § 165 Abs. 1 StG.

38) Reimann/Zuppinger/Schärner N 2 zu § 165 StG.

39) Reimann/Zuppinger/Schärner N 60 ff. zu § 165 StG.

40) Ochsner, 92.

Steuergesetz tritt der Verkehrswert nach mehr als zwanzigjährigem Besitz an die Stelle des Erwerbspreises (41).

Die Kosten, die unmittelbar mit dem Erwerb des Grundstückes verbunden waren, sind ebenfalls anrechenbar. Folgende Erwerbskosten werden als abzugsberechtigt angeführt (42):

- Mit der Handänderung unmittelbar verbundene Abgaben, Gebühren und Kosten wie grundbuchamtliche Kosten, Handänderungsgebühren und -steuern;
- Maklerprovisionen und Vermittlungsgebühren für Erwerb und Veräusserung des Grundstückes in verkehrsüblicher Höhe;
- In Ausnahmefällen werden auch die Insertionskosten berücksichtigt (43).

Zu den anrechenbaren Aufwendungen gehören die Investitionen, die eine Wertvermehrung des Grundstückes herbeigeführt haben. Anrechenbar ist nur der effektiv bezahlte Betrag (44). In den kantonalen Steuerordnungen werden die wertvermehrenden Aufwendungen entweder generell als abzugsfähig bezeichnet oder einzeln aufgezählt (45).

c) Erlös

Der Erlös umfasst den Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen, die dem Veräusserer anlässlich der Handänderung zugeflossen sind. Dieser Preis ist gleichzeitig auch der massgebende Erwerbspreis bei einer späteren Veräusserung (46).

Der Veräusserungspreis stellt somit den Kaufpreis des Grundstückes an den Erwerber dar. Hinzu kommen noch alle zusätzlichen Leistungen des Erwerbers an den Veräusserer (47). Werden mit dem Grundstück nichtliegenschaftliche

41) ZH § 165 Abs. 2 StG. Vgl. dazu Reimann/Zuppinger/Schärner N 61 zu § 165 StG.

42) ZH § 166 Abs. 1 lit. d und e StG.

43) Zuppinger, StR 31 (1976), 53 f.; Reimann/Zuppinger/Schärner N 31 ff. zu § 166 StG; Ochsner, 92.

44) Reimann/Zuppinger/Schärner N 7 zu § 166 StG.

45) ZH § 166 Abs. 1 lit. a - f StG. Vgl. dazu Ochsner, 93.

46) Vgl. vorne, 158.

47) Ochsner, 95.

Werte verkauft wie Fahrnis, Bauprojekte, Goodwill, Wirtschaftspatente oder andere Leistungen, die nicht wesensgemäss unmittelbar mit der Handänderung zusammenhängen, so ist deren Wert aus dem Kaufpreis auszuscheiden (48). Hingegen sind die zusätzlichen Leistungen des Erwerbers für den Grundstückserwerb, namentlich die Uebernahme der Grundstückgewinnsteuer oder anderer vermögenswerter Leistungen an Dritte, dem steuerbaren Grundstücksgewinn hinzuzurechnen (49).

Von diesem Veräusserungspreis können die Veräusserungskosten abgezogen werden, sofern sie unmittelbar im Zusammenhang mit der Handänderung stehen. Unter diese Kosten fallen beispielsweise die Gebühren für die Vermittlung und die Maklerprovisionen (50).

3. GEWINNBERECHNUNG BEI VERÄUSSERUNG DURCH UEBERTRAGUNG VON BETEILIGUNGEN

a) Erwerbspreis und Erlös

Als massgebender Erwerbspreis gilt grundsätzlich der bezahlte Gesamtpreis für die Beteiligung. Wurde die Beteiligung zu verschiedenen Zeiten erworben, so ergeben die einzelnen Teilzahlungen den steuerlich massgebenden Gesamtpreis (51). In den Fällen, in denen der Kaufpreis offensichtlich vom Verkehrswert abweicht oder sich nicht mehr bestimmen lässt, kann vom Verkehrswert der Liegenschaften im betreffenden Zeitpunkt ausgegangen werden (52). Hinzu kommen auch alle Leistungen, die der Erwerber in kausalem Zusammenhang mit der Handänderung geleistet hat (53). Der Erwerbspreis und die anrechenbaren Aufwendungen bestimmen zusammen den Wert der Anlagekosten (54).

48) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 23 zu § 164 StG. Ochsner, 75.

49) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 1 ff. zu § 165 StG; Zuppinger/Schärrier/Fessler/Reich, EB, N 4a ff. zu § 165 StG.

50) Ochsner, 95.

51) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 47 zu § 165 StG.

52) Reimann/Zuppinger/Schärrier N 48 zu § 165 StG.

53) Einzelheiten dazu vorne, 96 f., 98 f.

54) Zu den anrechenbaren Aufwendungen vorne, 96 f., 98 f.

Der Erlös entspricht dem Kauf- oder Uebnahmepreis der Beteiligung einschliesslich aller weiteren Leistungen, die der Veräusserer bei der Handänderung erhalten hat (55). Die Kosten der Veräusserung können soweit sie mit der Handänderung im Zusammenhang stehen, in Abzug gebracht werden (56). Die nominellen Aktienpreise dürfen aber nicht ohne weiteres dem steuerlich massgebenden Handänderungspreis gleichgesetzt werden, sondern es sind auch die weiteren Leistungen des Erwerbers einzubeziehen (57).

b) Gewinn

Die Differenz zwischen dem Erlös und den Anlagekosten der Mehrheitsbeteiligung ergibt den grundsteuerlich massgebenden Grundstücksgewinn. Diese beiden Werte bilden die Grundlage für die Gewinnermittlung.

4. STEUERBEMESSUNG

a) Im Bund

Der Bund ist nach Massgabe von Art. 41ter Abs. 5 lit. a BV zur Erhebung bestimmter Steuern berechtigt. Von dieser Kompetenz hat der Bund bei der Besteuerung von Grundstücksgewinnen insofern Gebrauch gemacht, indem er die Gewinne auf Geschäftsgrundstücken buchführungspflichtiger Steuersubjekte gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a WStB steuerlich erfasst. Die übrigen Grundstücksgewinne, die privaten wie auch die geschäftlichen Grundstücksgewinne nicht Buchführungspflichtiger bleiben demnach wehrsteuerfrei (58).

Sobald die Grundstücksgewinne hingegen im Rahmen einer selbständigen Erwerbs-

55) Vgl. auch vorne, 97, 101, 159 f.

56) Vgl. vorne, 98, 101, 160.

57) In einem Entscheid hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entschieden, dass beim Verkauf aller Aktien einer Immobiliengesellschaft die Gesellschaftsschulden ebenfalls zum Erlös des Aktienpreises zuzurechnen sind, vgl. RB 1976 Nr. 83.

58) Vgl. dazu Ochsner, 49, 146 f.

tätigkeit, wie dies beim Liegenschaftenhändler zutrifft, erzielt werden, sind sie steuerlich als reguläres Erwerbseinkommen im Sinne von Art. 21 Abs. 1 lit. a WStB zu behandeln. Diese Grundstücksgewinne unterliegen dann im Umfang der Differenz zwischen dem Erlös und dem Anlagewert der Wehrsteuerpflicht (59).

b) Im kantonalen Recht, insbesondere im Kanton Zürich

Die Steuerbemessung ist in den kantonalen Rechten unterschiedlich ausgestaltet. In der Mehrzahl der Steuerordnungen richtet sich die Grundstücksgewinnsteuer grundsätzlich nach der Höhe des absoluten Gewinnes und nach der Länge der Besitzesdauer. Dieser Gewinn wird je nach Steuersystem von einer progressiven Spezialsteuer erfasst oder es kommt der normale Einkommenssteuertarif zur Anwendung (60). Die Besitzesdauer wirkt auf die Höhe der Steuer degressiv, indem der Steuerbetrag entsprechend der Dauer prozentual ermässigt wird. Die minimale Besitzesdauer muss in der Regel mindestens 5 Jahre betragen. Die maximale Ermässigung liegt je nach kantonalem Recht zwischen 35 Prozent und 70 Prozent (61).

Das Zürcher Steuergesetz erfasst die Grundstücksgewinne generell mit einer Spezialsteuer. Der Steuertarif ist progressiv ausgestaltet und variiert zwischen 5 Prozent und 40 Prozent des Grundstücksgewinnes (62). Die maximale Reduktion, die aufgrund der Besitzesdauer gewährt wird, liegt bei 50 Prozent. Sie kann aber erst bei einer Besitzesdauer von 20 Jahren und mehr beansprucht werden (63). Bei Geschäftsliegenschaften ist darauf zu achten, ob Abschreibungen vorgenommen worden sind. Diese zugelassenen Abschreibungen unterliegen im Moment der Veräusserung oder Privatentnahme im Umfang der Differenz zwischen dem Ausgangswert und dem geringeren Buchwert allerdings der Einkommenssteuer und nicht der Grundstücksgewinnsteuer (64).

59) Ochsner, 147.

60) Vgl. vorne, 157 f.

61) Zuppinger, StR 31 (1976), 56.

62) ZH § 170 Abs. 1 StG.

63) ZH § 170 Abs. 3 StG.

64) Reimann/Zuppinger/Schärner N 39 zu Vorbemerkungen zu §§ 19 - 32 StG, N 383 zu § 19 lit. b StG, N 4 zu § 22 StG. Vgl. auch vorne, 100.

B. Handänderungssteuer

Die Handänderungssteuer wird - gleich wie die Grundstücksgewinnsteuer - anlässlich der Handänderung von Grundstücken erhoben. Für die Voraussetzungen dieser Steuer sind deshalb die entsprechenden Bestimmungen über die Grundstücke und die Handänderungstatbestände analog anzuwenden (65).

Steuerobjekt ist aber nicht der Grundstücksgewinn, sondern der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen (66). Somit ist diese Steuer unabhängig von der Gewinnrealisation und sie wird deshalb auch bei einem Grundstücksverkauf erhoben, der mit einem Verlust abschliesst.

V. STEUERHOHEIT

A. Grundsatz

Grundsätzlich steht den Kantonen gestützt auf Art. 3 BV sowie auf das kantonale Verfassungsrecht die Kompetenz zu, die Grundstücksgewinnsteuer zu erheben (67). Das Grundeigentum begründet die subjektive Steuerpflicht aufgrund der wirtschaftlichen Zugehörigkeit am Ort des gelegenen Grundstückes (68). Der Ertrag aus dem Grundstück sowie der anlässlich der Veräusserung erzielte Grundstücksgewinn sind ausschliesslich am Ort der gelegenen Sache zu versteuern. Dieser Ort der Belegenheit ist somit ein Spezialsteuerdomizil.

Im interkantonalen Steuerrecht stellt der Liegenschaftskanton ebenfalls ein Spezialsteuerdomizil dar (69).

65) Vgl. vorne, 154 ff.

66) ZH § 181 StG.

67) Einzelheiten hierzu Ochsner, 49.

68) Vgl. vorne, 71.

69) Vgl. vorne, 72 f.

B. Veräusserung von Aktien einer Immobiliengesellschaft

Dieser steuerrechtliche Grundsatz, wonach der Liegenschaftskanton ein Spezialsteuerdomizil ist, gilt auch für die Gewinne aus wirtschaftlichen Handänderungen von Grundstücken. Nach der Praxis des Bundesgerichts trifft dies zu beim Verkauf aller Aktien (70) oder der Aktienmehrheit einer Immobilien-gesellschaft (71). Somit unterliegt der realisierte Gewinn aus dem Verkauf der Gesamtheit oder der Mehrheit der Aktien nicht der Steuerhoheit des Wohnsitzkantons des Aktionärs, sondern derjenigen des Liegenschaftskantons (72). Die Besteuerung dieses Gewinnes als Grundstücksgewinn durch den Liegen-schaftskanton schliesst eine nochmalige Besteuerung als Kapitalgewinn durch den Wohnsitzkanton aus, da das doppelsteuerungsrechtlich massgebende Steuer-objekt in der Gestalt des entstandenen Mehrwertes identisch ist (73). Das in Art. 46 Abs. 2 BV verankerte Doppelbesteuerungsverbot bestimmt, dass ein Steuerobjekt nur der Steuerhoheit eines Kantons unterliegen darf.

70) BGE 85 I 96 ff., 98 Ia 93 E 3, 103 Ia 161 E 4a.

71) Bundesgerichtsentscheid in ASA 33 (1964/65), 347; BGE 91 I 471.

72) Höhn, Doppelbesteuerungsrecht, 264.

73) Vgl. die bundesgerichtlichen Ausführungen, BGE 98 Ia 93 E 4, die dahin gehen, dass die beim Verkauf sämtlicher oder der überwiegenden Mehrheit der Aktien einer Immobiliengesellschaft erzielten Gewinne der Steuerhoheit des Liegenschaftskantons unterstehen, was eine vorgängige Besteuerung des auf den Aktien entstandenen, noch nicht realisierten Wertzuwachses durch den Wohnsitzkanton des Aktionärs ausschliesst.

§ 13 STEUERHARMONISIERUNG

I. ENTWURF EINES RAHMENGESETZES FÜR DIE STEUERHARMONISIERUNG

Seit 1970 befasst sich eine Koordinationskommission mit der Aufgabe, ein Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden auszuarbeiten. Die verfassungsrechtliche Grundlage für ein solches Rahmengesetz wurde mit Art 42quinquies BV geschaffen. Im März 1978 hat das Finanz- und Zolldepartement den von den kantonalen Finanzdirektoren ausgearbeiteten Entwurf zu einem Rahmengesetz für die Steuerharmonisierung in die Vernehmlassung geschickt. Dieser Entwurf sah eine Beteiligungsgewinnsteuer nach St. Galler-Muster vor.

Das Vernehmlassungsverfahren hat gezeigt, dass eine starke Opposition gegen die Einführung dieser Steuer besteht, die doch den meisten Kantonen bis anhin unbekannt ist (1). Der überarbeitete Entwurf der Koordinationskommission sieht eine Besteuerung der wesentlichen Beteiligung als Geschäftsvermögen vor (2). Als wesentlich gelten Beteiligungen an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, die mindestens 25 Prozent des Grund- oder Stammkapitals oder der Stimmrechte ausmachen oder durch Teilveräusserung oder durch andere Veränderung der Beteiligungsverhältnisse unter 25 Prozent gesunken sind (3).

-
- 1) Vgl. 1. Teilbericht über die Auswertung des Vernehmlassungsverfahrens zum Rahmengesetz für die Steuerharmonisierung (Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden), August 1978, 30, wo von einer "starken Minderheit" gesprochen wird.
 - 2) Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, Entwurf der Koordinationskommission zu einem Rahmengesetz für die Steuerharmonisierung, überarbeitete Fassung vom 15. April 1980, Art. 7bis Abs. 1.
 - 3) Art. 7bis Abs. 2 des Entwurfes vom 15. April 1980 (zit. in Anm. 2). Einzelheiten Ulrich, 189 f.

II. NEUER ENTWURF DER KANTONALEN FINANZDIREKTOREN

In ihrem überarbeiteten Entwurf zum Rahmengesetz haben sich die kantonalen Finanzdirektoren für die Einführung einer Beteiligungsgewinnsteuer entschieden (4). Die Steuerpflicht der privaten Kapitalgewinne wird auf wesentliche Beteiligungen an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften beschränkt (5). Als wesentlich gilt eine Beteiligung, die mindestens 25 Prozent des Grund- oder Stammkapitals oder der Stimmrechte erreicht (6). Somit werden Veräusserungsgewinne aus Kapitalanteilen, die unter dieser steuerauslösenden 25 Prozent-Grenze liegen, von dieser Beteiligungsgewinnsteuer nicht erfasst. Damit findet keine integrale Besteuerung der privaten Kapitalgewinne statt. Die Kantone können das Steuermass der Beteiligungsgewinnsteuer mildern, indem ihnen das Recht zusteht, den steuerbaren Gewinn bei längerer Besitzzesdauer bis auf 40 Prozent zu ermässigen (7). Gegenüber der Beteiligungsgewinnsteuer nach dem St. Galler-Modell bringt dieser Entwurf den entscheidenden Vorteil der Verlustverrechnung. Die Verlustverrechnung entspricht dem System der Gesamteinkommensbesteuerung, indem Beteiligungsgewinne mit Verlustüberschüssen aus Einkommensquellen gemäss Art. 7 Abs. 1, und Beteiligungsverluste mit Einkünften gemäss Art. 7 Abs. 1 verrechnet werden können (8). Diese Lösung kommt dem Postulat der gerechten Besteuerung dieser Beteiligungsgewinne voll und ganz nach, da über die Verrechnung der Gewinne mit den übrigen Einkommensquellen hinaus auch die Beteiligungsverluste berücksichtigt werden.

-
- 4) Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, Entwurf zu einem Rahmengesetz für die Steuerharmonisierung, beschlossen von der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren am 17./18. September 1980, Art. 12 und 13.
 - 5) Art. 12 Abs. 1 des Entwurfes vom 17./18. September 1980 (zit. in Anm. 4).
 - 6) Art. 12 Abs. 2 des Entwurfes vom 17./18. September 1980 (zit. in Anm. 4).
 - 7) Art. 12 Abs. 1 des Entwurfes vom 17./18. September 1980 (zit. in Anm. 4).
 - 8) Art. 13 Abs. 1 und 3 des Entwurfes vom 17./18. September 1980 (zit. in Anm. 4).

III. FAZIT

Die Beteiligungsgewinnsteuer, wie sie im neuesten Entwurf für eine Steuerharmonisierung vorgesehen ist, vermag vor dem verfassungsmässigen Gleichheitssatz des Art. 4 BV nicht zu bestehen (9). In der vorliegenden Ausgestaltung, wonach die privaten Kapitalgewinne erst verbunden mit einer wesentlichen Beteiligung besteuert werden, besteht eine rechtsungleiche Steuerbehandlung. Mit dieser 25 Prozent-Quote schafft diese Steuer eine Rechtsungleichheit (10). Eine Steuerpflicht, die bereits bei einer Beteiligungsquote von 5 Prozent einsetzt oder die generell alle Kapitalgewinne mit der ausdrücklichen Erwähnung bestimmter Ausnahmen erfasst, würde eine sachgerechtere Lösung darstellen (11).

9) Vgl. hierzu auch vorne, 125 ff.

10) Vernehmlassung des Regierungsrates des Kantons Zürich, 8; Oesch M., 68; Ulrich, 202.

11) Ebenso Ulrich, 203; Oesch M., 123 f.

LEBENS LAUF

Am 2. Juni 1952 wurde ich in Zürich geboren. Nach dem Besuch der Primar- und Sekundarschule in Zürich, später in Küsnacht, absolvierte ich das Kantonale Wirtschaftsgymnasium. Im Oktober 1973 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Winter 1976 bestand ich die obligatorische Ergänzungsprüfung in Latein und im Dezember 1978 schloss ich mit dem Lizentiat ab. Seit Februar 1981 bin ich am Bezirksgericht Uster tätig. Am 24. Februar 1982 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

